

## Sachlichkeitsgebot und archäologische Denkmalpflege

Karl, Raimund

DOI:

[10.13140/RG.2.2.28295.09128](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.28295.09128)

Published: 30/05/2018

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Cyswllt i'r cyhoeddiad / Link to publication](#)

*Dyfyniad o'r fersiwn a gyhoeddwyd / Citation for published version (APA):*

Karl, R. (2018, May 30). Sachlichkeitsgebot und archäologische Denkmalpflege.  
<https://doi.org/10.13140/RG.2.2.28295.09128>

### Hawliau Cyffredinol / General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Sachlichkeitsgebot und archäologische Denkmalpflege

Raimund Karl

Eines der wichtigsten Prinzipien von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ist das aus dem allgemeinen Gleichheitssatz der Verfassung ([Art. 7 B-VG](#) und [Art. 2 StGG](#); siehe auch [Art. 1 AEMR](#)) abgeleitete Sachlichkeitsgebot. Der Gleichheitssatz verpflichtet, ganz vereinfacht gesagt, die öffentliche Gewalt generell dazu, sachlich Gleiches gleich und sachlich Ungleiches ungleich zu behandeln.

Daraus folgt mittelbar, dass letztendlich alles staatliche Handeln auf vernünftigen Gründen beruhen muss, die sich aus der Natur der gegenständlichen Sache (bzw. des Sachverhalts) ergeben oder anderswie einleuchtend sind, also sachlich sein muss: schließlich erlauben es nur solche – nachvollziehbaren – Begründungen, festzustellen, welche Sachverhalte im rechtlichen Sinne gleich und daher auch vom Staat gleich und welche ungleich und daher auch vom Staat ungleich zu behandeln sind. Staatliches Handeln, dem solche nachvollziehbaren Gründe fehlen oder das sachlich ungerechtfertigt Gleiches ungleich oder Ungleiches gleichbehandelt, ist im rechtlichen Sinn willkürlich und dem Staat und allen seinen Organen durch das sich aus dem Gleichheitssatz ebenfalls ergebende Diskriminierungsverbot untersagt.

## Sachlichkeit in der Denkmalpflege

Das staatliche Verwaltungshandeln unterliegt selbstverständlich auch im Bereich der archäologischen Denkmalpflege ebendiesem allgemeinen Sachlichkeitsgebot: auch in der Denkmalpflege dürfen der Staat und seine Organe nicht einfach tun und lassen, was ihnen gerade im Augenblick in einem bestimmten Einzelfall gefällt, sondern sind verfassungsgesetzlich dazu verpflichtet, alle sachlich gleichartigen Einzelfälle gleich und ebenso alle sachlich ungleichartigen Einzelfälle ungleich zu behandeln.

Nicht zuletzt deshalb beschäftigen unsere Staaten bzw. Länder archäologische Fachkräfte in den staatlichen Denkmalbehörden: sie bedürfen dieser als Amtssachverständige, um die rechtlichen Entscheidungen, die diese Denkmalbehörden zu fällen haben – zum Beispiel in Österreich im Kontext von Unterschutzstellungsverfahren gem. § 3 DMSG (Bazil et al. 2015, 22-3) oder auch im Kontext von bewilligenden Bescheiden anzufügenden, sachdienlichen Auflagen (ibid., 61-4) – auch entsprechend des tatsächlich bestehenden Sachverhalts sachlich begründet treffen zu können. In jedem zu entscheidenden Einzelfall externe Fachgutachten zukaufen zu müssen würde nämlich der Behörde – aufgrund der hohen Zahl der alljährlich zu entscheidenden Fälle – insgesamt deutlich teurer kommen als das Gehalt der behördenintern dafür angestellten Fachkräfte, die man günstiger Weise auch gleich noch zu zahlreichen anderen, ohnehin zu erledigenden Arbeiten wie in der Denkmalforschung einsetzen kann. Dabei versteht sich natürlich auch von selbst, wozu die von diesen Fachkräften durchzuführende staatliche Denkmalforschung primär dienen soll: selbstverständlich zur Ermittlung der notwendigen Informationen, die zur ausreichend sachlichen Entscheidung denkmalrechtlicher Fragen erforderlich sind.

## Sachverständigengutachten

Die Anforderungen an ein Sachverständigengutachten beschreiben Bazil et al. (2015, 23) in aller gebotenen Kürze in ihrem Kommentar zum österreichischen DMSG wie folgt:

*„Der **Sachverständige** hat die Tatsachen zu erheben (Befund) und aus diesen Tatsachen auf Grund besonderer Fachkunde tatsächliche Schlussfolgerungen zu ziehen. Einem **schlüssigen Amtssachverständigengutachten** ist so lange zu folgen, als die Richtigkeit nicht durch Gegenausführungen und Gegenbeweise von vergleichbarem Aussagewert widerlegt werden (VwGH 3.6.2004, 2002/09/0134). Ein Amtssachverständigengutachten kann im Allgemeinen nur durch ein auf gleichem wissenschaftlichen Niveau stehendes **Gegengutachten** widerlegt werden (VwGH 23.9.1992, 92/09/0198, VwGH 20.3.2014, 2013/09/0154). Die Beweiskraft eines Sachverständigengutachten wird auch durch den Nachweis erschüttert, dass es mit den **Denkgesetzen** oder mit den **Erfahrungen des täglichen Lebens** in Widerspruch steht. Das Vorbringen, ein Gutachten stehe mit **wissenschaftlichen Erfahrungen** im Widerspruch, ist jedoch durch ein Sachverständigengutachten unter Beweis zu stellen (VwGH 25.4.1991, 91/09/0019).“* (Bazil et al. 2015, 23; Hervorhebungen: wie Original).

Ein Sachverständigengutachten kennzeichnet sich also durch zwei Elemente: einerseits das, was im eben zitierten Text als *„besondere Fachkunde“*, sonst aber auch häufig als *„besonderer Sachverstand“* bezeichnet wird. Das meint, neuerlich grob vereinfacht gesagt, dass sich der Sachverständige mit der Materie (dem generellen Themenbereich, in den die konkrete Sache fällt), über die er ein Gutachten verfassen soll, tatsächlich deutlich überdurchschnittlich gut auskennt. Daher ist die normale Erwartungshaltung, dass der Sachverständige in Bereichen, in denen es eine solche Ausbildung gibt, wie z.B. im Bereich der Archäologie, ein einschlägiges Universitätsstudium abgeschlossen hat. Zentral ist jedenfalls, dass die Person, die ein sachverständiges Gutachten verfassen soll (oder möchte), einen größeren Überblick über die und ein überdurchschnittlich entwickeltes Verständnis der relevanten Materie braucht, denn nur das ermöglicht es ihr, wissenschaftlich korrekt zu beurteilen (d.h. tatsächliche Schlussfolgerungen darüber zu ziehen), was jetzt der konkreten Sache gerecht wird; d.h. das ist, was in der gutachtenegegenständlichen Sache *„richtig“* ist.

Andererseits kennzeichnet sich ein Sachverständigengutachten aber auch – und noch wichtiger – durch die Kenntnis der im Einzelfall relevanten Tatsachen, d.h. selbstverständlich zuallererst der im Einzelfall betroffenen Sache selbst. Denn diese Tatsachen sind das, was mittels der *„besonderen Fachkunde“* zu beurteilen ist, d.h. die Grundlage (oder, wenn man es wissenschaftlicher ausdrücken will: die primären Quellen) der gutachterlichen Beurteilung der gutachtenegegenständlichen Sache.

Eine sachverständige Beurteilung einer Sache, die der Gutachter gar nicht kennt, ist daher gänzlich unmöglich: ein Universitätsprofessor wie ich, der im Kontext der Beurteilung studentischer Prüfungsleistungen als sachverständiger Gutachter agiert, kann selbstverständlich eine schriftliche studentische Prüfungsarbeit nicht *„richtig“* beurteilen, die er nicht gelesen hat. Es genügt zur Beurteilung dieser konkreten Prüfungsleistung dieses konkreten Studierenden z.B. nicht, ihm die Note zu geben, die der – durchaus den Tatsachen entsprechende – Notendurchschnitt seiner letzten z.B. zehn Prüfungsleistungen ist, egal wie wahrscheinlich es ist, dass diese auch für seine konkret beurteilungsgegenständliche Prüfungsleistung die *„richtige“* Note sein dürfte: fehlt dem Beurteilenden die tatsächliche Kenntnis dieser konkreten Leistung, dann ist seine Beurteilung keine sachverständige, sondern eine willkürliche Beurteilung. Eine solche willkürliche Beurteilung ist verboten, weil sie nicht die Arbeitsleistung des Prüflings, sondern nur ein Vorurteil des Prüfers reflektiert.

## Sachdienliche Bescheidauflagen

Im Wesentlichen das gleiche gilt auch z.B. bei der Erteilung sogenannter *sachdienlicher* Auflagen im Kontext von Bescheiden. So ermöglicht und verlangt zum Beispiel § 11 Abs. 1 DMSG vom Bundesdenkmalamt (BDA), das von ihm erteilte *„Bewilligungen gemäß diesem Absatz [RK: archäologische Nachforschungsgenehmigungen] [...] mit Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen [...] (hinsichtlich Fläche und Tiefe, Art der Durchführung, Meldepflichten, Kontrollen usw.)“* (§ 11 Abs. 1 DMSG) verbunden werden (können). Das bedeutet aber aufgrund des auch die Verwaltung bindenden Sachlichkeitsgebotes selbstverständlich nicht, dass das BDA sogenannte *„Grabungsgenehmigungen“* (§ 11 Abs. 1 DMSG) mit jeder beliebigen Einschränkung, Auflage oder Sonderregelung verbinden darf, die dem zuständigen Beamten im BDA gerade gefällt. Vielmehr ist das BDA als Behörde verpflichtet, immer nur die, aber dafür immer auch jene, Einschränkungen, Auflagen oder Sonderregelung mit einem bewilligenden Bescheid zu verbinden, die tatsächlich in der konkreten Sache erforderlich sind; im konkreten Fall dafür erforderlich, das gesetzliche Schutzziel, das der Gesetzgeber generell mit dem DMSG und der konkreten Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG verfolgt, zu erreichen.

Das BDA darf also – obwohl es vom Gesetzgeber durch den zitierten Satz des § 11 Abs. 1 DMSG ausdrücklich dazu ermächtigt wird, Bewilligungen mit Beschränkungen, Auflagen oder Sonderregelungen zu verbinden – z.B. nicht mit einem solchen bewilligenden Bescheid die Auflage verbinden, dass der Leiter der konkret betroffenen Nachforschung diese in einem Clownskostüm durchführen muss: welche Kleidung der Leiter einer Nachforschungsmaßnahme trägt, trägt schließlich nichts dazu bei, das betroffene Denkmal vor vermeidbaren Schäden zu schützen. Ist dem BDA hingegen bekannt, dass der Leiter der bewilligten Nachforschungsmaßnahme praktisch blind ist, wenn er nicht eine zur Kompensation seiner Sehschwäche geeignete Brille trägt, kann es nicht nur, sondern muss es diesem die Auflage erteilen, dass er bei der Arbeit eine solche Brille tragen muss: er sieht sonst schließlich nicht, was er und seine MitarbeiterInnen bei den Nachforschungsmaßnahmen tatsächlich tun und kann daher die Arbeit nicht ausreichend überwachen. Ist also die Auflage, ein Clownskostüm tragen zu müssen, unsachlich und daher unzulässig, ist die Auflage, eine geeignete Brille tragen zu müssen, wenn der im Einzelfall eine Grabungsgenehmigung beantragt habende Nachforschende eine solche braucht, sachlich gerechtfertigt und deshalb zulässig.

Selbstverständlich ist es für die Erteilung sachdienlicher Auflagen ebenfalls unumgänglich, dass der, der diese Auflagen erteilen soll, ausreichend genaue Sachkenntnis hat: nur wenn der entscheidungsbefugte Beamte weiß, dass der Antragssteller ohne Brille praktisch blind ist, hat er überhaupt einen Grund, diesem das Tragen einer entsprechenden Brille bei der Arbeit im Wege einer Bescheidauflage vorzuschreiben. Jedem Antragsteller auf den reinen Verdacht hinauf, dass er ohne Brille praktisch blind sein könnte, das Brillentragen per Bescheidauflage vorzuschreiben, wäre schließlich absurd: alle AntragstellerInnen ohne Sehfehler brauchen schließlich gar keine Brille, um ihre Arbeit ordentlich erledigen zu können.

## Die Ziele des Denkmalschutzgesetzes

Welche Ziele der österreichische Gesetzgeber mit den Bestimmungen des DMSG tatsächlich verfolgt, ist glücklicherweise vollständig klar, denn er hat das schon in den ersten Paragraphen des DMSG mit aller wünschenswerter Deutlichkeit hineingeschrieben:

*„Die in diesem Bundesgesetz enthaltenen Bestimmungen finden auf von Menschen geschaffene unbewegliche und bewegliche Gegenstände (...) von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung („Denkmale“) Anwendung, wenn ihre Erhaltung dieser*

*Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist. Diese Bedeutung kann den Gegenständen für sich allein zukommen, aber auch aus der Beziehung oder Lage zu anderen Gegenständen entstehen. „Erhaltung“ bedeutet Bewahrung vor Zerstörung, Veränderung oder Verbringung ins Ausland.* (§ 1 Abs. 1 DMSG; Hervorhebung: RK).

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat dieses an sich schon eindeutig definierte Ziel noch genauer erläutert: dem Denkmalschutz geht es nicht um das Wachhalten des Gedenkens, sondern Denkmale sind, wenn ihre Erhaltung im öffentlichen Interesse gelegen ist, aufgrund des ihnen zukommenden, eigenen besonderen Wertes geschützt (VfGH 19.3.1964, K 11-4/63). Daher kann dem öffentlichen Erhaltungsinteresse auch nicht dadurch Rechnung getragen werden, dass ein Denkmal vor seiner Zerstörung fotografiert ([VwGH 8.11.1973, 1072/73](#)) oder an einem an seiner Stelle errichteten Neubau eine Gedenktafel angebracht wird (VwGH 16.1.1975, 1799/44). Dabei ist mit Erhaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 DMSG stets die Verhinderung jeder objektiv feststellbaren, körperlichen Veränderung der Substanz (VfGH 11.3.1976, G 30/74 und G 6/75; [VwGH 29.4.2011, 2010/09/0230](#)), historisch gewachsenen Erscheinung oder künstlerischen Wirkung (VfGH 1.3.1980, B 73/77) eines Denkmals gemeint. Eine zeitliche Komponente fehlt allerdings, da letztendlich kein Denkmal der Vernichtung durch Zeitablauf entgehen kann (VwGH 5.2.1976, 1891/75). Das DMSG kennt daher keine Pflicht zu aktiven Erhaltungsmaßnahmen, sondern will nur nachteilige Zerstörungen oder Veränderungen verhindern; Denkmale sind stets jeweils in dem Zustand geschützt, in dem sie sich im Zeitpunkt ihrer Unterschutzstellung befanden (VwGH 8.9.1977, 1113/77; [18.6.2014, 2013/09/0131](#)). Dabei sind jene Elemente, welche die Denkmaleigenschaft eines Gegenstandes begründen, zu beschreiben und sachverständig zu bewerten ([VwGH 25.1.2013, 2012/09/0100](#)).

Das gleiche Schutzziel wird dann auch insbesondere durch die Bestimmungen des § 4 Abs. 1 DMSG zum Ausdruck gebracht, dem Verbot der Zerstörung und Veränderung von Denkmalen, der zentralen Schutzbestimmung des DMSG für nach dem konstitutiven Prinzip (DGUF 2013) geschützte Denkmale. Deren erster Satz besagt:

*„Bei Denkmalen, die unter Denkmalschutz stehen, ist die Zerstörung sowie jede Veränderung, die den Bestand (Substanz), die überlieferte (gewachsene) Erscheinung oder künstlerische Wirkung beeinflussen könnte, ohne Bewilligung gemäß § 5 Abs. 1 verboten.“* (§ 4 Abs. 1 1. Satz DMSG).

Auch das bringt sehr deutlich zum Ausdruck, dass es dem Gesetzgeber um die körperlich unveränderte Erhaltung der Denkmale in dem Zustand geht, in dem sie sich jeweils gerade befinden. Laut § 4 Abs. 1 Z 1 DMSG ist dabei als Zerstörung die faktische Vernichtung der Bedeutung des betroffenen Denkmals zu betrachten, auch wenn – für sich allein aber nicht mehr ausreichend signifikante – Bestandteile davon weiterbestehen. Gem. § 4 Abs. 1 Z 2 DMSG ist die vorsätzliche Unterlassung jedem Eigentümer zumutbarer, alltäglicher Instandhaltungsmaßnahmen in offenkundiger Zerstörungsabsicht der Zerstörung gleichzuhalten (Bazil et al. 2015, 60-64).

Neuerlich das gleiche Schutzziel verfolgt der Gesetzgeber auch mit den ‚archäologischen‘ Schutzbestimmungen für Zufallsfunde von ‚Bodendenkmalen‘ der §§ 8 und 9 DMSG. Diese sind aufgrund der ‚für Bodenfunde zumeist besondere[n] Gefährdung durch Veränderung, Zerstörung oder Diebstahl‘ (§ 8 Abs. 1 DMSG) einer der im ersten dieser beiden Paragraphen genannten, zulässigen Fundmeldebehörden binnen eines Werktages ab dem Zeitpunkt ihrer Entdeckung anzuzeigen. ‚Der Zustand der Fundstelle und der aufgefundenen Gegenstände (Fund) ist bis zum Ablauf von fünf Werktagen ab erfolgter Meldung unverändert zu belassen...‘ (§ 9 Abs. 1 DMSG), allerdings sind bei Bestehen der ‚Gefahr, dass bewegliche Fundgegenstände abhanden kommen könnten, [...] diese vom Finder trotz der Bestimmung des Abs. 1 in möglichst sicheren Gewahrsam zu nehmen‘ (§ 9 Abs. 2



DMSG). Besteht diese Gefahr des Abhandenkommens nicht, *„sind das Bundesdenkmalamt oder seine Beauftragten berechtigt, die Funde zu bergen sowie die notwendigen Maßnahmen zur Klärung der Fundumstände und zur Sicherung weiterer auf dem Grundstück vorhandener oder vermuteter Bodendenkmale zu treffen“* (§ 9 Abs. 2 DMSG). Schließlich unterliegen *„die aufgefundenen Bodendenkmale [...] vom Zeitpunkt des Auffindens bis zum Abschluss der in Abs. 4 umschriebenen Arbeiten, längstens aber auf die Dauer von sechs Wochen ab Abgabe der Fundmeldung (§ 8 Abs. 1), den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes, und zwar während dieser Zeit einheitlich gemäß den Bestimmungen bei Unterschutzstellungen durch Bescheid (§ 3 Abs. 1)“* (§ 9 Abs. 3 DMSG), stehen also zeitweilig kraft gesetzlicher Vermutung unter Denkmalschutz; und zwar offensichtlich zum Zweck, dass das Bundesdenkmalamt *„[b]is zum Ende dieser Frist“* entscheiden kann, *„ob diese Bodendenkmale weiterhin den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes (in allen Fällen nach den Rechtsfolgen für Unterschutzstellungen durch Bescheid gemäß § 3 Abs. 1) unterliegen“* (§ 9 Abs. 3 DMSG).

Den Anwendungsbereichs- und Schutzbestimmungen des DMSG ist also gemein, dass der Gesetzgeber jeweils deutlich erkennbarer Weise bezweckt, besonders bedeutende Denkmale körperlich unverändert zu erhalten. In diesem Kontext sind also auch die Bestimmungen des § 11 DMSG zu lesen, insbesondere die seines Absatz 1, die eigentlich keine Schutzbestimmung, sondern eine Reduplikation der für alle geschützten Denkmale geltenden Veränderungsbewilligungspflicht des § 5 Abs. 1 DMSG bzw. dessen genauere Spezifizierung für *„bewegliche und unbewegliche Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche“* (§ 11 Abs. 1 DMSG) ist. Laut der Regierungsvorlage zum DMSG idF BGBl. 473/1990 bezwecken die Bestimmungen des § 11 generell in Parallelität zu den *„Zufallsfundbestimmungen“* der soeben besprochenen §§ 8-9 DMSG die Regelung der *„Vorgangsweise bei der Durchführung bewilligter wissenschaftlicher Grabungen. § 11 enthält [...] viele Bestimmungen, die eine für die Wissenschaft notwendig geregelte Vorgangsweise bei der Durchführung der Grabungen, der Durchführung der Meldungen usw. vorsieht“* (RV 1990, 20).

Die Bestimmung *„Bewilligungen gemäß diesem Absatz können mit Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen verbunden sein (hinsichtlich Fläche und Tiefe, Art der Durchführung, Meldepflichten, Kontrollen usw.)“* (§ 11 Abs. 1 3. Satz DMSG) ist also auch dahingehend zu interpretieren, dass der Gesetzgeber bezweckt hat, dass die mit der Bewilligung verbundenen Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen den Zweck verfolgen müssen, die körperlich möglichst unveränderte Erhaltung der betroffenen Denkmale zu gewährleisten. Einschränkungen müssen also z.B. dem Zweck dienen, jene Teile des von wissenschaftlichen Grabungen untersuchten Denkmals, deren Erforschung vom Antragsteller nicht beabsichtigt wird und deren körperlich unveränderte Erhaltung durch Flächen- oder Tiefenbeschränkungen bei der Grabung tatsächlich erreicht werden kann, auch tatsächlich körperlich unverändert zu erhalten. Will z.B. ein provinzialrömischer Archäologe auf einer mehrphasigen Fundstelle die römische, aber nicht die neolithische Besiedlung dieser Fundstelle erforschen, kann das BDA solche Flächen- und Tiefenbeschränkungen mit dem bewilligenden Bescheid verbinden, die dem Genehmigungsinhaber ein Vordringen auf jene Flächen bzw. in jene tiefergelegenen Erdschichten verbieten, die nur neolithische Überreste enthalten.

Vergleichbares gilt auch z.B. für Sonderregelungen hinsichtlich der Art der Durchführung. Möchte z.B. ein Antragsteller die zentrale Grabkammer, die er in einem hallstattzeitlichen Riesentumulus vermutet, archäologisch untersuchen, aber auf dem Gipfel dieses Tumulus steht ein mittelalterliches Kreuz, kann das BDA dem bewilligenden Bescheid die Sonderregelung anfügen, dass der Tumulus derart auszugraben ist, dass das mittelalterliche Kreuz auf seinem Gipfel unverändert erhalten bleibt. Dies kann z.B. eine laterale statt der sonst üblichen, mehr oder minder vertikal durchgeführten Grabung erforderlich machen; und wird schon rein sicherheitshalber starke Pölzungen bzw. sonstige

Absicherungen des über der zentralen Grabkammer liegenden Hügels gegen Versturz bzw. Einbruch erfordern. Diese für die körperlich in Erscheinung, Substanz und Wirkung unveränderte Erhaltung des mittelalterlichen Kreuzes auf der Hügelkuppe erforderlichen Sonderregelungen können also in einem solchen Fall mit dem Genehmigungsbescheid verbunden werden.

## Sachlichkeit in archäologischen Unterschutzstellungsverfahren

Verfahren zur Unterschutzstellung archäologischer Denkmale beruhen, wie auch alle anderen Unterschutzstellungsverfahren im DMSG, ganz maßgeblich auf Sachverständigengutachten; die primär durch Amtssachverständige, d.h. Fachpersonal der Abteilung für Archäologie des BDA, verfasst werden. Für die Unterschutzstellung noch nicht ausreichend erforschter Denkmale – explizit genannt noch nicht ausgegrabene archäologische Denkmale – reduziert § 1 Abs. 5 DMSG das sonst für die Unterschutzstellung erforderliche Beweismaß der Sicherheit auf die bloße Wahrscheinlichkeit, dass die für die Unterschutzstellung erforderlichen Fakten aufgrund des derzeitigen (eben noch unvollständigen) wissenschaftlichen Erkenntnisstandes vorliegen.

Dabei ist selbstverständlich klar, dass es für eine Unterschutzstellung eines archäologischen Denkmals wenigstens erforderlich ist, dass es – ganz im Sinne der Bestimmung des § 1 Abs. 5 DMSG – bei der erforderlichen sachlichen Betrachtung wenigstens wahrscheinlich ist, dass das betreffende Denkmal auch tatsächlich existiert. Daher ist auch eine Unterschutzstellung solcher Teile von Grundstücken, von denen noch keine Hinweise auf das Vorkommen irgendwelcher archäologischer Denkmale vorliegen, nicht zulässig ([VwGH 21.1.1994, 93/09/0386](#); [25.6.2013, 2011/09/0178](#)). Gemäß der höchstgerichtlichen Rechtsprechung geeignete Hinweise, die die Existenz von Gegenständen, denen wahrscheinlich Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG zukommt, in für eine Unterschutzstellung ausreichender Weise wahrscheinlich machen, sind dabei solche, die auch generell in der archäologischen Wissenschaft als sichere Indizien auf das Vorkommen bedeutender archäologischer Funde und vor allem Befunde im Boden unter der Erd- oder Wasseroberfläche betrachtet werden: z.B. aussagekräftige Luftbilder in Verbindung mit datierbaren Oberflächenfunden, die eine einigermaßen eindeutige Zuordnung der im Boden wahrscheinlich vorkommenden archäologischen Überreste zu einer bestimmten Klasse oder einem Typ von Objekten<sup>1</sup>, wie z.B. ‚römische Villa‘, auch tatsächlich gestatten (siehe dazu z.B. [VwGH 25.6.2013, 2011/09/0178](#)). Selbstverständlich ebenfalls in diese Kategorie fallen die Ergebnisse geophysikalischer Prospektionen und natürlich auch die bereits an Ort und Stelle durchgeführter (Test-) Grabungen, wobei aber Grabungen keineswegs erforderlich sind, um die Präsenz eines archäologischen Denkmals auf einem Grundstück bzw. Teilen eines Grundstückes ausreichend beweiskräftig feststellen zu können.

Umgekehrt ist es aber auch so, dass es nicht genügt, dass bloß irgendwelche Hinweise darauf vorliegen, dass an einer bestimmten Stelle im Boden irgendwelche archäologischen Überreste vorkommen könnten. Es muss vielmehr aus den bekannten Hinweisen – bei ihrer sachverständigen

---

<sup>1</sup> Der Begriff ‚Objekt‘ wird an dieser Stelle dazu verwendet, um eine zusammengehörende Gesamtheit von Gegenständen zusammenfassend zu bezeichnen, wie z.B. die in ihrer Gesamtheit eine archäologische Fundstelle einer bestimmten Art ausmachenden, zusammengehörenden Funde und Befunde. Bei einem Objekt der Klasse ‚römische Villa‘ wären das also nicht nur die unbeweglichen Überreste von Fundamenten ehemaliger Mauern, Gruben, Gräben, Pfostenlöchern und sonstigen die ehemaligen baulichen Strukturen der Villa ausmachende Gegenstände („Befunde“), sondern auch die mit der römerzeitlichen Benutzung der Villa zusammenhängenden beweglichen Gegenstände („Funde“) wie Fibeln, Münzen, Gefäßkeramik, etc. Ein ‚archäologisches Objekt‘ wäre also jene Gesamtheit von beweglichen und unbeweglichen Gegenständen, die in einem für die wissenschaftliche Erforschung (der Geschichte) dieses Objektes relevanten ‚archäologischen‘ Sinnzusammenhang stehen; d.h. jeweils den relevanten ‚archäologischen Kontext‘ aller Bestandteile des betreffenden Objektes darstellen.

wissenschaftlichen Beurteilung – ausreichend erkennbar sein, dass es sich bei dem aller Wahrscheinlichkeit nach an einer bestimmten Stelle im Boden befindlichen Objekt auch tatsächlich wahrscheinlich um ein solches handeln dürfte, das den in § 1 Abs. 2 DMSG genannten Kriterien für das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Erhaltung dieses Objektes als Denkmal entspricht ([VwGH 25.6.2013, 2011/09/0178](#)). So z.B. sagen auf Luftbildern erkennbare Bewuchsmerkmale, die auf die Präsenz von zwei Mauergevierten – den mutmaßlichen Überresten der Fundamente zweier ehemals an dieser Stelle gestanden habenden Gebäude – im Boden hinweisen, noch nichts darüber aus, ob diese Überreste von derart beschaffener Bedeutung sind, dass ihre Erhaltung iSd § 1 Abs. 2 DMSG im öffentlichen Interesse gelegen ist. Fehlen also datierende Kleinfunde, die es wahrscheinlich machen, dass es sich dabei z.B. um die Überreste einer römischen Villa handeln dürfte, und könnten daher die Gebäude jede Art von Gebäuden jedweder Zeitstellung sein, kann nicht sachverständig beurteilt werden, ob diesen Überresten ausreichende Denkmaleigenschaft zukommt, um ihre Unterschutzstellung zulässig zu machen. Denn erst dadurch, dass sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit sachverständig bestimmen lässt, von welcher Art von Gebäuden diese wahrscheinlich vorhandenen Überreste stammen, lässt sich auch sachverständig beurteilen, ob es sich bei ihnen wahrscheinlich *„aus überregionaler oder vorerst auch nur regionaler (lokaler) Sicht um Kulturgut handelt, dessen Verlust eine Beeinträchtigung des österreichischen Kulturgutbestandes in seiner Gesamtsicht hinsichtlich Qualität sowie ausreichender Vielzahl, Vielfalt und Verteilung bedeuten würde“* (§ 1 Abs. 2 DMSG; vgl. dazu [VwGH 25.6.2013, 2011/09/0178](#)).

Gerade letzteres ist unumgänglich für eine Unterschutzstellung eines archäologischen Denkmals erforderlich: schließlich will der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des DMSG nur solche Denkmale schützen, deren Erhaltung aufgrund ihrer besonderen Bedeutung im öffentlichen Interesse gelegen ist, nicht alle *„von Menschen geschaffene[n] unbewegliche[n] und bewegliche[n] Gegenstände (einschließlich Überresten und Spuren gestaltender menschlicher Bearbeitung sowie künstlich errichteter oder gestalteter Bodenformationen) von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung („Denkmale“)* (§ 1 Abs. 1 DMSG). So lange sich also nicht sachverständig beurteilen lässt, worum es sich bei den betreffenden Überresten (aller Wahrscheinlichkeit nach) handelt und sich daher auch nicht feststellen lässt, ob ihr Verlust in Hinblick auf die genannten Kriterien Qualität, Vielzahl, Vielfalt und Verteilung eine – und sei es auch nur aus lokaler Sicht – Beeinträchtigung des österreichischen Kulturgüterbestandes in seiner Gesamtsicht bedeuten würde, kann eine Unterschutzstellung dieser – eben noch nicht ausreichend beurteilbaren – Überreste nicht rechtmäßig erfolgen.

## Sachlichkeit in Grabungsgenehmigungsbescheiden

Gibt es im Bereich der Unterschutzstellungsverfahren durchaus einiges an höchstgerichtlicher Judikatur, anhand derer sich beurteilen lässt, unter welchen Umständen behördliche Entscheidungen dem verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebot genügen, fehlt derartige Judikatur im Bereich der Grabungsgenehmigungen gem. § 11 Abs. 1 DMSG und der damit verbundenen Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen bislang noch nahezu völlig.

Das braucht einen auch nicht zu wundern: archäologische Unterschutzstellungsbescheide ergehen normalerweise (von den Betroffenen einigermaßen unerwartet) an Personen, die eine Unterschutzstellung ihres Eigentums – die ihre Verfügungsgewalt über ihr Eigentum wenigstens teilweise beschränkt – zumeist nicht wollen und sich daher nicht selten gegen derartige Bescheide auf dem Gerichtsweg wehren. Nachdem es – die Unterschutzstellung senkt in aller Regel den wirtschaftlichen Wert des betroffenen Grundstücks bedeutend – dabei auch zumeist um einiges an



Geld geht, durchlaufen auch nicht wenige davon den gesamten Instanzenzug, um den von ihnen befürchteten wirtschaftlichen Nachteil abwehren zu können.

Bei Grabungsgenehmigungen ist die Sachlage hingegen eine ganz andere: in aller Regel werden Grabungsgenehmigungen nur von professionellen ArchäologInnen beantragt, die diese Genehmigung auch tatsächlich erteilt bekommen wollen, so gut wie immer auch tatsächlich erteilt bekommen, und sie auch zumeist für die (wirtschaftlich gewinnbringende) Ausübung ihres Berufs brauchen. Selbst wenn ein bewilligender Bescheid mit wirtschaftlich belastenden Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen verbunden ist, können diese den GenehmigungsinhaberInnen in der Regel weitgehend egal sein: diese müssen ja zumeist ihre Grabungen oder sonstigen Nachforschungen nicht aus ihren eigenen Mitteln finanzieren, sondern wälzen die damit verbundenen Kosten und wirtschaftlichen Aufwände auf Dritte ab. Nachdem sie ihre Grabungen und sonstigen Nachforschungen in aller Regel auch möglichst bald nach Erteilung des Bescheides durchführen wollen oder sogar müssen (aufgrund der Auflagen oder um – wenn sie in der Privatwirtschaft tätig sind – ihren Lebensunterhalt mit ihrer Arbeit zu verdienen), haben sie normalerweise auch gar nicht die Zeit, die sie bräuchten, um den erteilten Bescheid der eventuell mehrere Jahre lang dauern könnenden Überprüfung durch die Gerichte überlassen zu können und somit einen positiven Grund, bewilligende Bescheide selbst dann nicht anzufechten, wenn deren Inhalt ihnen rechtswidrig erscheint.

Die Dritten hingegen, welche die durch mit dem Bewilligungsbescheid verbundenen Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen verursachten Mehrkosten letztendlich tragen müssen, haben in aller Regel in den Bewilligungsverfahren gem. § 11 Abs. 1 DMSG keine Parteienstellung und können daher überhaupt nicht rechtlich gegen die erteilten Bescheide vorgehen, auch wenn sie das eventuell wollen würden.

Abweisende Bescheide gem. § 11 Abs. 1 DMSG sind hingegen so außergewöhnlich selten – das BDA weist so gut wie nie Grabungsgenehmigungsanträge ab – dass schon alleine das die Wahrscheinlichkeit, dass sie angefochten werden, auf nahezu Null senkt. Aber selbst wenn ein einmal ein abweisender Bescheid an einen Antragsteller ergeht, ist es für den Antragsteller – der ja ohnehin ein graduierter Archäologe sein muss, sonst hat er aufgrund des Wortlauts des § 11 Abs. 1 (*„Eine derartige Bewilligung kann nur an Personen erteilt werden, die ein einschlägiges Universitätsstudium abgeschlossen haben“*) ohnehin keine Chance vor Gericht, die Genehmigung zu erstreiten – in der Regel das Risiko nicht wert, eine gerichtliche Überprüfung des abweisenden Bescheides anzustrengen: ist er ein privatwirtschaftlich tätiger Archäologe, ist der Auftrag, für dessen Erledigung er die Grabungsgenehmigung gebraucht hätte, wohl verloren, weil sein Auftraggeber wohl kaum Jahre warten wird wollen, bis das Gericht den abweisenden Bescheid überprüft hat, selbst wenn dieser völlig offensichtlich rechtswidrig ergangen sein sollte, sondern stattdessen einfach an jemand anderen vergibt, der die Genehmigung bekommt. Ist er hingegen ein Angestellter einer Universität, sonstigen Forschungseinrichtung oder eines Museums, ist es weit einfacher, einen der vielen Partner, die solche ArchäologInnen normalerweise haben, die Bewilligung beantragen zu lassen. Die gerichtliche Überprüfung von abweisenden Bescheiden gem. § 11 Abs. 1 DMSG wird daher in aller Regel auch nie angestrengt.

Das hat im Endeffekt zur Folge, dass es keine Kläger gegen bewilligende Bescheide, daher auch keine Richter, und somit auch keine Judikatur zur Frage gibt. Das macht es weitaus schwieriger, die Frage zu beantworten, was denn das BDA nun alles in Grabungsgenehmigungsbescheiden vorschreiben darf, ohne das Sachlichkeitsgebot der Bundesverfassung zu verletzen: man kann nur analog aus der Judikatur zu andersartigen Verfahren – wie eben den Unterschutzstellungsverfahren – erschließen,

was aller Wahrscheinlichkeit nach in Grabungsgenehmigungsbescheiden zulässig und was in diesen nicht zulässig ist.

### Ein konkreter Beispielfall aus dem 13. Wiener Gemeindebezirk

Zieht man derartige Analogieschlüsse, so zeigt sich jedoch nahezu unmittelbar, dass die Handhabungspraxis der Grabungsgenehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG durch das BDA hochgradig problematisch ist. Ich ziehe in weiterer Folge als konkretes Beispiel, um das zu demonstrieren, den bewilligenden Bescheid des BDA vom 25.4.2018, BDA-61408.obj/0003-ARCH/2018 heran, den es mir auf meinen dementsprechenden Antrag vom 25.1.2018 für geplante Grabungen und sonstige Nachforschungen im Garten meiner Eltern in Wien erteilt hat.



Abbildung 1: Bild des betroffenen Gartens in Wien 13.

### Der Sachverhalt

Gegenstand meines Antrags vom 25.1.2018 sind von mir geplante Grabungen und sonstige Nachforschungen zum Zwecke der Beantwortung der Forschungsfrage, ob und falls ja welche archäologischen Funde und Befunde im Garten meiner Eltern im 13. Wiener Gemeindebezirk vorkommen (Abb. 1). Die von mir beantragte, geplante Vorgehensweise ist dabei – in ganz kurzen Worten, die Folgende:

- 1) Durchführung eines Surveys mittels eines Metallsuchgeräts zur Lokalisierung von unter der Erdoberfläche verborgenen Metallgegenständen. Allfällige Signale sollen ausgeflaggt und der jeweilige Fundverdachtsort mittel d-GPS eingemessen werden.



- 2) Durchführung einer magnetometrischen Prospektion zur Erstellung eines zweidimensionalen Plans mikroskopischer Störungen des Erdmagnetfelds über der Erdoberfläche, aus dem prognostische Rückschlüsse auf das Vorkommen mutmaßlich archäologischer Funde und Befunde unter der Erdoberfläche gezogen werden können.
- 3) Durchführung einer Bodenradarprospektion zur Erstellung eines dreidimensionalen Schichtbildes des Bodenaufbaus unter der Erdoberfläche, aus dem prognostische Rückschlüsse auf das Vorkommen mutmaßlich archäologischer (Funde und) Befunde unter der Erdoberfläche gezogen werden können.
- 4) Durchführung einer (maximal) 10 x 10 Meter großen archäologischen Ausgrabung in Schichtgrabungsmethode auf Basis der Prospektionsergebnisse, durch welche der archäologisch mutmaßlich aussagekräftigste Bereich des untersuchten Grundstücks untersucht und Schlüsse über seine Nutzungsgeschichte in der Vergangenheit gezogen werden sollen.

Das betroffene Grundstück steht seit Mitte der 1970er im Eigentum meiner Eltern. Um 1980 wurde darauf das derzeit auf dem Grundstück befindliche Einfamilienhaus errichtet, das ebenfalls im Eigentum meiner Eltern steht. Ich war damals etwa 10 Jahre alt und konnte – ich war schon damals stark an Archäologie interessiert – selbst die Ausschachtung der Baugrube für die Unterkellerung dieses Hauses beobachten. Archäologische Funde und Befunde wurden dabei nicht entdeckt, geschweige denn solche, die den Kriterien des § 1 Abs. 2 DMSG genügt und daher ein öffentliches Interesse an ihrer Erhaltung begründet hätten. Ich habe dann in diesem Haus die nächsten ca. 10 Jahre gelebt und halte mich auch seither einigermaßen häufig auf diesem Grundstück und in diesem Haus auf. Bei den immer wieder einmal von mir und noch viel häufiger meinen Eltern und von diesen als Gärtnern beschäftigten Personen auf dem Grundstück (inklusive dabei üblichen Erdarbeiten) durchgeführten Gartenarbeiten wurde niemals auch nur ein einziger archäologischer Fund oder Befund entdeckt. Auch bei einer Anfang 2018 infolge des Erkenntnis des [BVwG vom 11.9.2017, W 183 2168814-1/2E](#) ohne Genehmigung des BDA gem. § 11 Abs. 1 DMSG durchgeführten, systematischen Begehung des Grundstückes zur Entdeckung von Oberflächenfunden wurden von mir keinerlei Hinweise auf das Vorkommen irgendwelcher archäologischer Funde und Befunde, von Bodendenkmalen iSd § 8 Abs. 1 DMSG, geschweige denn von Denkmalen iSd § 1 Abs. 1 und 2 DMSG entdeckt. Soweit für mich nachvollziehbar sind auch dem BDA keinerlei Hinweise auf das Vorkommen von archäologischen Funden und Befunden, Bodendenkmalen, geschweige denn Denkmalen vom betroffenen Grundstück bekannt; und auch in anderen Quellen wie historischen Katastern, auf Luftbildern oder in LIDAR-Daten finden sich keinerlei Hinweise darauf, dass dort irgendwelche denkmalschutzrelevanten Gegenstände über, auf oder unter der Erdoberfläche vorkommen.

In einfacheren Worten gesagt: das betroffene Grundstück ist aus denkmalpflegerischer Sicht eine absolute *tabula rasa*. Niemand weiß oder hat auch nur Grund zur Vermutung, dass auf diesem Grundstück irgendetwas vorkommen würde, das denkmalschutzwürdig wäre.

#### [Genehmigungspflicht für Nachforschungen nach Denkmalen](#)

Ob überhaupt eine Genehmigungspflicht geplanter Nachforschungen an einem bestimmten Ort besteht, ist bereits eine Rechtsfrage, die vom diese Nachforschungen Planenden ebenso wie vom BDA **ex ante**, d.h. bevor diese Nachforschungen durchgeführt werden, zu beantworten ist (siehe dazu schon [„Die Bewertung archäologischer Denkmale“](#)). Dabei ist selbstverständlich bereits bei der Beantwortung dieser Rechtsfrage das verfassungsrechtliche Sachlichkeitsgebot zu beachten.

Zwar verlangt die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG nur, dass die geplante *„(Grabung) und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und*

unbeweglicher Denkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche' durchgeführt werden müssen, um der Bewilligungspflicht dieses Paragraphen zu unterliegen. Man könnte also eventuell davon ausgehen, dass einzig und allein das subjektive Motiv des diese Handlungen Planenden – eben seine Absicht, Denkmale zu entdecken – dafür ausreicht, diese Bewilligungspflicht auszulösen.

Zwar hat sich schon der VwGH in seinem Erkenntnis vom [23.2.2017, Ro 2016/09/0008](#) zu dieser Frage geäußert und festgehalten:

*„Bei teleologischer, an der Zielsetzung des Denkmalschutzes orientierter Interpretation der Formulierung "Zweck des Entdeckens und der Untersuchung" in § 11 Abs. 1 DMSG ist zur Objektivierbarkeit und damit Überprüfbarkeit dieser Intention aber ein Kriterium dazu darin zu sehen, ob objektive Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Denkmalen im Untergrund vorliegen, die einerseits berechtigte Gründe für die Annahme der Willensbildung des Grabenden in Richtung beabsichtigter Untersuchung oder Entdeckung darstellen können und andererseits (bei Heranziehung eines objektiven Betrachtungsmaßstabes) begründete Zweifel an einer gegenteiligen Behauptung des Grabenden erzeugen würden. Es kann dem Gesetzgeber nämlich nicht zugesonnen werden, dass er mit der gewählten Formulierung allein auf die subjektiven Beweggründe seitens des Grabenden abstellen und eine Überprüfbarkeit nach objektiven Gesichtspunkten ausschließen wollte.“ (VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, RN 17).*

Schon das schließt bei der gebotenen Sachlichkeit eigentlich vollständig aus, dass die von mir auf dem betroffenen Grundstück geplanten Grabungen und sonstigen Nachforschungen der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegen könnten: schließlich liegen ganz und gar keine objektiven Anhaltspunkte darauf vor, dass am betroffenen Grundstück Denkmale im Untergrund vorhanden sind. Ganz im Gegenteil weisen alle vorliegenden objektiven Anhaltspunkte eindeutig darauf hin, dass dort aller Wahrscheinlichkeit nach keine Denkmale im Untergrund vorkommen dürften.

Aber selbst wenn man das vollständig ignoriert bzw. das zuletzt zitierte Erkenntnis des VwGH so auslegen will, dass nur dann (auch) auf objektive Gesichtspunkte abzustellen ist, wenn der Nachforschungen Durchführende die Absicht leugnet, Denkmale entdecken bzw. untersuchen zu wollen, gilt es immer noch, sachlich zu beurteilen, ob die Gegenstände, die der Nachforschende entdecken bzw. untersuchen möchte, überhaupt Denkmale iSd § 1 Abs. 1 und 2 DMSG oder wenigstens Bodendenkmale iSd § 8 Abs. 1 DMSG sind. Im konkreten Fall – ich habe schließlich klar festgestellt, dass ich durch die von mir geplanten Nachforschungen ermitteln will, ob und – wenn ja – welche archäologischen Funde und Befunde auf dem zu untersuchenden Grundstück vorkommen – ist klar, dass der eigentliche Gegenstand der von mir geplanten Nachforschung das betroffene Grundstück ist.

Damit stößt man ganz unmittelbar auf das erste Problem in Hinblick auf die Frage nach der Genehmigungspflicht der von mir geplanten Grabungen und sonstigen Nachforschungen: das Grundstück, das ich in Hinblick auf die Frage, ob und wenn ja welche archäologischen Überreste darauf vorkommen, untersuchen möchte, ist sicherlich kein Denkmal, ja sicherlich nicht einmal ein Bodendenkmal iSd § 8 Abs. 1 DMSG. Weder ist es im Sinne der Legaldefinition des Denkmalbegriffs des § 1 Abs. 1 DMSG – außer vielleicht im extrem übertragenen Sinn, dass seine Abgrenzung gegenüber Nachbargrundstücken auch Resultat einer körperlich gestaltenden menschlichen Handlung ist – von Menschen ‚gestaltend‘ geschaffen, noch kommt ihm eine derartige Bedeutung zu, dass seine unveränderte Erhaltung in Erscheinung, Substanz und Wirkung im öffentlichen Interesse gelegen ist oder auch nur – iSd § 8 Abs. 1 ‚offenkundig‘ – im öffentlichen Interesse gelegen sein könnte. Es ist dem

BDA darüber hinaus spätestens seit 2017 (aus dem Fall [BVwG 11.9.2017, W 183 2168814-1/2E](#)) bekannt und hätte daher, wenn ihm Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG zukäme, vom BDA spätestens 6 Wochen nach Eingang meines vorjährigen Antrags auf Bewilligung einer Oberflächenfundaufsammlung auf ihm, die rechtlich einer Fundmeldung gem. § 8 Abs. 1 DMSG gleichzuhalten ist, gem. der Bestimmungen des § 9 Abs. 3 DMSG unter Denkmalschutz gestellt werden müssen.

Die Entdeckung und Untersuchung archäologischer Funde und Befunde wird von mir hingegen gar nicht beabsichtigt: es ist mir völlig gleichgültig, ob ich bei meinen geplanten Nachforschungen archäologische Funde oder Befunde entdecken werde. Dass – rein hypothetisch – archäologische Denkmale auf dem betroffenen Grundstück vorkommen könnten und daher auch von mir entdeckt werden könnten, muss damit gänzlich unbeachtlich bleiben; umso mehr, als keinerlei konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die die Annahme eines tatsächlichen Vorkommens solcher Gegenstände auf ihm rechtfertigen würden. Nur im – bei der erforderlichen sachlichen Betrachtung extrem unwahrscheinlichen – Fall, dass ich bei meinen Untersuchungen archäologische Überreste entdecke, möchte ich diese dann auch – nachdem ich sie dann schließlich entdeckt habe – auch untersuchen, um zu ermitteln, was sie mir über die vergangene Nutzung des Grundstückes sagen. Viel wahrscheinlicher ist es allerdings, dass ich gar keine archäologischen Überreste bei meinen Grabungen und sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle entdecken und damit zum Schluss kommen werden muss, dass sich über die Nutzung dieses Grundstückes in der Vergangenheit keine wissenschaftlich verlässliche Aussage treffen lässt, weil keine archäologischen Überreste darauf vorhanden sind, die eine solche Aussage gestatten würden. Schon allein deshalb kann also eigentlich die gesetzliche Genehmigungspflicht auf die von mir geplanten Nachforschungen nicht anwendbar sein.

Man kann allerdings dagegen argumentieren, dass das eine rein semantische Haarspalterei ist: mir mag zwar egal sein, ob ich archäologische Funde und Befunde bei meinen Nachforschungen entdecke, aber nachdem ich letztendlich die Fragen beantworten will, ob und – falls ja – welche archäologischen Überreste an Ort und Stelle vorkommen, doch – wenigstens eventualvorsätzlich – ihre Entdeckung bezwecke. Ich nehme schließlich gerade, wenn ich die Frage beantworten will, ob welche auf dem betroffenen Grundstück vorkommen, jedenfalls billigend in Kauf, dass ich, wenn welche vorkommen, auch tatsächlich archäologische Funde und Befunde entdecken werde. Damit würden – weil der Eventualvorsatz im österreichischen Recht in Vorsatzdelikten automatisch inkludiert ist – meine geplanten Nachforschungen also eventuell doch der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 unterliegen.

Das führt uns allerdings unmittelbar zum nächsten Problem, nämlich der Frage, ob das, was ich eventualvorsätzlich doch entdecken und untersuchen möchte – nämlich die an Ort und Stelle möglicherweise unter der Erdoberfläche vorhandenen archäologischen Funde und Befunde – überhaupt Denkmale iSd § 1 Abs. 1 und 2 DMSG sind. Diese Frage muss zwingend in Hinblick auf die an Ort und Stelle tatsächlich vorhandenen Denkmale beantwortet werden, denn es ist – nicht zuletzt aufgrund der seit inzwischen 95 Jahren im Wesentlichen unveränderten Handhabungspraxis des DMSG durch das BDA – absolut eindeutig klar, dass die überwältigende Mehrheit aller tatsächlich existierenden archäologischen Funde und Befunde nicht die Kriterien des § 1 Abs. 2 DMSG erfüllen, deren Erfüllung aber unabdingbare Voraussetzung dafür ist, dass ein öffentliches Interesse an der Erhaltung dieser Gegenstände besteht.

Den jüngsten veröffentlichten Zahlen zufolge sind dem BDA derzeit etwa 19.550 archäologische Objekte im oben definierten Sinn bekannt, also das, was man im Fachjargon gewöhnlich als ‚Fundstellen‘ bezeichnet (Picker et al. 2016, 285). Davon stehen aber derzeit gerade einmal etwas über 1.050 gem. §§ 2a oder 3 DMSG unter Denkmalschutz (2013 waren es sogar nur 970; *ibid.*), also gerade



einmal ca. 5,4%. Das BDA geht allerdings von einer ‚*Dunkelziffer*‘ von wenigstens 100.000 tatsächlich in Österreich vorhandenen archäologischen Fundstellen aus (ibid.), was die Unterschutzstellungsquote auf (wohl unter) etwa 1% senkt. Geht man von einem aus Zahlen aus anderen europäischen Ländern (z.B. Baden-Württemberg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Wales) ermittelbaren Durchschnittswert von ca. 12,5 archäologischen Fundstellen pro Quadratkilometer aus, müsste man in Österreich sogar mit 1.048.488 archäologischen Fundstellen rechnen, es stünden also gerade einmal 0,1% aller tatsächlich existierenden Fundstellen unter Denkmalschutz. Bei beweglichen Einzelkleinfunden, die bekanntermaßen auch überall zwischen archäologischen Objekten im oben definierten Sinn im Boden vorkommen können, ist die Unterschutzstellungsquote sogar noch viel geringer als 0,1%.

Es kann also keine Rede davon sein, dass auch nur alle archäologischen Objekte (bzw. Fundstellen), geschweige denn – jeweils für sich einzeln betrachtet – alle archäologischen Funde und Befunde Denkmale iSd § 1 Abs. 1 und 2 DMSG wären. Ganz im Gegenteil sind – selbst wenn man nur den Anteil geschützter unter den dem BDA bekannten Fundstellen heranzieht – nur eine kleine, wenn nicht sogar eine verschwindend geringe Minderheit aller unter der Erdoberfläche verborgenen, von Menschen geschaffenen oder gestaltend veränderten, beweglichen und unbeweglichen Gegenstände inklusive deren Überresten und Spuren und von Menschen geschaffener oder gestaltend veränderter Bodenformationen (d.h. archäologische Funde und Befunde bzw. ‚*Denkmale*‘ iSd der Begriffsdefinition des § 1 Abs. 1 DMSG) **Denkmale**, an deren Erhaltung iSd § 1 Abs. 2 DMSG ein öffentliches Interesse besteht (für die jeweilige Schriftfarbgebung siehe ‚*Behördliche Leseverständnisprobleme*‘).

Damit sind aber Grabungen und sonstige Nachforschungen, die (und sei es nur eventualvorsätzlich) die Entdeckung und Untersuchung beliebiger archäologischer Funde und Befunde bezwecken, nicht solche zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung von Denkmalen. Vielmehr wären sie Nachforschungen zum Zwecke der Entdeckung weitgehend beliebiger Sachen, die der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG sicherlich nicht unterliegen.

Dass sich unter diesen beliebigen Sachen auch – wenngleich auch nur mit verschwindend geringer Wahrscheinlichkeit – auch solche befinden könnten, denen Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG zukommt, tut dabei nichts zur Sache: schließlich könnte jede beliebige von Menschen geschaffene oder gestaltend veränderte Sache ein Denkmal iSd Begriffsdefinition des § 1 Abs. 1 DMSG sein. Das heißt aber, dass jede Nachforschung zum Zweck der Entdeckung jeder beliebigen Sache (unabhängig davon, ob sie unter oder über der Erdoberfläche befindet, weil sich alle diese beliebigen, gesuchten Sachen sachlich nicht voneinander unterscheiden lassen) der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegen müsste, was völlig absurd wäre und auch definitiv nicht der Fall ist. Es käme das schließlich einer Unterschutzstellung des gesamten Landes ohne geringsten konkreten Grund gleich; und das ist (auch auf Basis der schon oben zitierten Judikatur zu Unterschutzstellungen) rechtlich unmöglich, weil das gegen das Sachlichkeitsgebot (und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlicher Reaktion) verstoßen würde.

Daraus folgt zwingend, dass die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG nicht auf Nachforschungen zum Zwecke der Entdeckung beliebiger archäologischer Funde und Befunde angewendet werden kann, sondern nur auf Nachforschungen zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung solcher archäologischen Denkmale, die auch tatsächlich Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG haben. Ob eine Sache tatsächlich Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG hat, bedarf aber – nachdem jede von Menschen geschaffene oder gestaltend veränderte Sache diese Eigenschaft haben könnte, weil sie sich ja ausschließlich aus ihrer vorherrschenden Wertschätzung in der Fachwelt ergibt ([VwGH 30.10.1991, 91/09/0047](#); [4.10.2012, 2010/09/0079](#)) – der sachverständigen

gutachterlichen Beurteilung des konkreten Gegenstandes, was dessen hinreichende Kenntnis zwingend voraussetzt. Gerade diese kann aber bei noch gar nicht entdeckten archäologischen Funden und Befunden überhaupt nicht bestehen, weil die zu beurteilende Sache noch überhaupt nicht und damit fraglos auch nicht hinreichend genau bekannt ist.

Die einzigen **Denkmale** iSd § 1 Abs. 1 DMSG, deren Denkmaleigenschaft – insbesondere **ex ante** vom gewöhnlichen Normunterworfenen – ausreichend feststellbar ist, um als **Denkmale** erkannt zu werden, deren Entdeckung und Untersuchung durch Nachforschungen an Ort und Stelle der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegt, sind daher zwingend notwendigerweise jene, die bereits gem. §§ 2, 2a oder 3 bzw. 9 Abs. 3 DMSG unter Denkmalschutz stehen. Gerade solche **Denkmale** sind jedoch von betroffenen Grundstück gar nicht bekannt, d.h. bei der gebotenen sachlichen Betrachtung können sowohl der gewöhnliche Normunterworfene, als auch ich, als auch die zuständige Verwaltungsbehörde BDA, stets nur zum Schluss kommen, dass für die von mir geplanten Nachforschungen auf diesem Grundstück keine gesetzliche Genehmigungspflicht gem. § 11 Abs. 1 DMSG besteht: ich versuche nicht, **Denkmale** unter der Erdoberfläche zu entdecken, sondern **archäologische Funde und Befunde**, und **archäologische Funde und Befunde** sind nicht dasselbe wie **Denkmale** und dürfen daher auch im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes von den staatlichen Vollzugsbehörden nicht rechtlich gleichbehandelt werden.

Anwendbar ist die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG daher nur dann, wenn von der zu erforschenden Bodenfläche bereits konkrete Anhaltspunkte auf das Vorkommen archäologischer **Denkmale** vorliegen, genau, wie es der VwGH ja bereits in seinem Erkenntnis (vom [23.2.2017, Ro 2016/09/0008](#), RN 18) festgestellt hat. Solche konkreten Anhaltspunkte sind ‚z.B. wissenschaftliche Befunde und Gutachten geeigneter Sachverständiger oder andere allgemein zugängliche Quellen bzw. auch ein laufendes Unterschützungsverfahren‘ (ibid.), d.h. Hinweise, die eben jene ausreichende Sachkenntnis voraussetzen, die auch für eine Unterschützstellung der betreffenden Sache als **Denkmal** erforderlich wäre. Alles darüber Hinausgehende wäre unsachlich und ist daher der Verwaltung verboten.

#### **Aber dient die Grabungsgenehmigungspflicht nicht dem Schutz der Bodendenkmale?**

Nun könnte man einwerfen, wie es das BDA an dieser Stelle wohl sicherlich auch (gerne) tun würde, dass das alles den Zweck des § 11 Abs. 1 DMSG missversteht, der aus archäologischer Sicht dem Schutz der Bodendenkmale dient. Diese sind iSd § 8 Abs. 1 DMSG bekanntermaßen ‚unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche‘ aufgefundene ‚**Gegenstände, die infolge ihrer Lage, Form oder Beschaffenheit offenkundig den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes unterliegen könnten (Bodendenkmale)**‘ (Hervorhebung: RK).

Als Unterstützung für diese Sichtweise könnte man sogar die Überschrift des § 11 DMSG anführen, die ‚*Bewilligungen und Verpflichtungen bei Grabungen nach Bodendenkmalen*‘ lautet. Auf dieser Basis könnte man nun argumentieren, dass die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG dazu dient, alle Grabungen und sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle, die die Entdeckung und Untersuchung von Bodendenkmalen bezwecken<sup>2</sup>, einer behördlichen Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Es wäre damit also nicht nur die Grabung und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der

---

<sup>2</sup> In diesem Sinn auch das im Wortlaut falsch paraphrasierte Zitat aus dem ersten Satz des § 11 Abs. 1 DMSG ‚*Voraussetzung für die Aufnahme jeglicher Grabungstätigkeiten und sonstiger Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Bodendenkmale ist das Vorliegen eines bewilligenden Bescheides des Bundesdenkmalamtes gemäß § 11 Abs. 1 DMSG*‘ in der Druckfassung der *Richtlinien für archäologische Maßnahmen* 2.-4. Fassung des BDA (2016, 6).

Entdeckung und Untersuchung von Gegenständen unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche, die tatsächlich Denkmale iSd § 1 Abs. 1 und 2 DMSG sind, sondern auch die zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung aller solchen Gegenstände unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche, die iSd § 8 Abs. 1 DMSG auch nur Denkmale sein könnten, dieser Genehmigungspflicht durch das BDA unterworfen. Damit würden – weil ja alle archäologischen Funde und Befunde Denkmale sein könnten – meine geplanten Grabungen und sonstigen Nachforschungen am im konkreten Fall betroffenen Grundstück doch der Bewilligungspflicht dieses Paragraphen unterliegen.

Aber einmal abgesehen davon, dass der Wortlaut des § 11 Abs. 1 DMSG eben gerade nicht von ‚Bodendenkmalen unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche‘ (BDA 2016, 6; 2018, 10), sondern von ‚Denkmalen unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche‘ (§ 11 Abs. 1 DMSG) spricht, bringt uns auch die vom BDA bevorzugte, aber vom Wortlaut her falsche Lesung dieser Bestimmung nur zum gleichen Problem zurück, bei dem wir gerade waren. Denn selbst wenn man entgegen seinem tatsächlichen Wortlaut die vom BDA bevorzugte Lesung des Sinns des § 11 Abs. 1 DMSG annehmen müsste, müsste nun in meinem konkreten Fall die Frage beantwortet werden, ob die Gegenstände, die ich bei meinen geplanten Nachforschungen (und sei es nur eventualvorsätzlich) zu entdecken und untersuchen versuche, Bodendenkmale iSd 8 Abs. 1 DMSG sind. Denn die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG wird jedenfalls nicht bereits dadurch ausgelöst, dass die zu entdecken und untersuchen versuchten Gegenstände Bodendenkmale sein könnten, sondern – wenn überhaupt – erst dadurch, dass sie tatsächlich Bodendenkmale sind.

Nun ist es aber auch nicht so, dass alle archäologischen Funde und Befunde Bodendenkmale iSd § 8 Abs. 1 DMSG sind. Vielmehr ist es so, dass die Frage, ob ein unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche gefundener, beweglicher oder unbeweglicher Gegenstand ein Bodendenkmal ist, neuerlich eine Rechtsfrage ist, die anhand bestimmter Eigenschaften des betreffenden Gegenstandes – wenn auch angeblich unabhängig vom Kenntnisstand des Finders (Bazil et al. 2015, 56-7) – zu beurteilen ist. Welche Eigenschaften das sind, wird in der Begriffsbestimmung in § 8 Abs. 1 ausgeführt: ‚Lage, Form oder Beschaffenheit‘. Anhand dieser Eigenschaften des konkret als mögliches Bodendenkmal in Frage kommenden Gegenstandes hat nun der Normunterworfenen zu entscheiden, ob diese konkrete Sache infolge dieser Eigenschaften ‚offenkundig den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes unterliegen‘ (§ 8 Abs. 1 DMSG) könnte, oder ob sie es infolge dieser Eigenschaften nicht kann. Nur, wenn sie das könnte, ist der betroffene Gegenstand tatsächlich ein Bodendenkmal, könnte sie es hingegen nicht, ist sie tatsächlich kein Bodendenkmal.

Dass die Frage, was nun ein Bodendenkmal ist, vor allem für gewöhnliche Normunterworfenen schwierig zu beantworten ist, hat erst jüngst die am BVwG für einschlägige Fälle zuständige Richterin Erika Pieler in einem fachwissenschaftlichen Beitrag deutlich dargestellt. Pieler schreibt dazu:

*„Um festzustellen, was ein Bodendenkmal ist, muss auf § 8 Abs. 1 DMSG zurückgegriffen werden. Dort wird ein Bodendenkmal als Gegenstand unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche, der in Folge seiner Lage, Form oder Beschaffenheit offenkundig den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes unterliegen könnte, definiert. Auch diese Definition ist nicht allgemein verständlich, verlangt sie doch vom Finder die **denkmalrechtliche Beurteilung des Fundes** (Ist der Gegenstand von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung i. S. d. § 1 Abs. 1 DMSG?). Ein allzu hoher Maßstab darf jedoch nicht angenommen werden, weil aufgrund des Wortes „offenkundig“ auf einen objektiven Maßstab abzustellen ist, der unabhängig vom Kenntnisstand des Finders zu beurteilen ist. Während der Fund eines römischen Bronzehelms vermutlich jedem Finder als bedeutend erscheinen mag, stellt sich die Lage etwa bei Relikten aus dem Zweiten Weltkrieg anders dar.“* (Karl et al. 2017, 111-2; Hervorhebung: RK).

Es folgt daraus zwingend, dass gerade eben nicht jeder archäologische Fund oder Befund – denn auch im Boden verborgene Relikte aus dem zweiten Weltkrieg stellen wissenschaftssystematisch gesehen zweifelsfrei archäologische Funde und Befunde dar – ein Bodendenkmal iSd § 8 Abs. 1 ist; sondern es eben nur manche davon sind, wobei der Maßstab sogar nicht *„allzu hoch“* angenommen werden darf, weil der gewöhnliche Finder, der sich ja gerade dadurch kennzeichnet, dass er nicht über den für die von ihm geforderte denkmalrechtliche Beurteilung eigentlich notwendigen besonderen Sachverstand des zur Erstellung von Fachgutachten qualifizierten archäologischen Wissenschaftlers verfügt, bei den meisten Bodenfunden gar nicht zu erkennen vermag, ob es sich dabei um ein Denkmal iSd § 1 Abs. 1 und 2 handeln könnte. Damit ein Fundgegenstand ein Bodendenkmal ist muss also *„offenkundig“*, d.h. auch für den Durchschnittsbürger einigermaßen zweifelsfrei, erkennbar sein, dass er über Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG verfügt.

Nachdem der Normunterworfene diese denkmalrechtliche Beurteilung noch dazu aufgrund der sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften des konkret betroffenen Gegenstandes – eben *„Lage, Form oder Beschaffenheit“* – vorzunehmen hat, ist eine allgemeine, ex ante vorzunehmende, korrekte Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs auch völlig unmöglich: der Normunterworfene müsste dafür schließlich korrekt beurteilen, ob eine Sache, die er noch gar nicht kennt, von derartiger Lage, Form oder Beschaffenheit sein könnte, dass ihre Erhaltung offenkundig iSd § 1 Abs. 2 im öffentlichen Interesse gelegen sein könnte. Zu Auflösung dieses doppelten Konjunktivs fehlt dem gewöhnlichen Normunterworfenen jedoch sowohl die ausreichende Kenntnis der konkret betroffenen Sache, als auch der erforderliche besondere Sachverstand. Selbst FachwissenschaftlerInnen kann man die Auflösung dieses doppelten Konjunktivs nicht zumuten, denn in Ermangelung der Kenntnis der konkret betroffenen Sache fehlt auch diesen wenigstens die unabdingbar erforderliche Sachkenntnis, um die – sich erst auf Basis dieser Sachkenntnis korrekt beantworten lassende – denkmalrechtliche Folgefrage auch tatsächlich korrekt beantworten zu können.

Wenn überhaupt lassen sich höchstens ganz bestimmte Arten archäologischer Funde und Befunde ex ante als mögliche Bodendenkmale beurteilen, wie z.B. der von Pieler als Beispiel genannte römische Bronzehelm (Karl et al. 2017, 112), ein hallstattzeitlicher Großgrabhügel, oder vergleichbar seltene und daher wohl jedenfalls offenkundig iSd § 1 Abs. 2 DMSG im öffentlichen Interesse zu erhaltende archäologische Befunde. Das macht es jedoch – damit eine Grabung oder sonstige Nachforschung tatsächlich die Entdeckung und Untersuchung von Bodendenkmalen iSd § 8 Abs. 1 DMSG bezweckt – jedenfalls erforderlich, dass der diese Nachforschungen Planende auch tatsächlich ganz konkret nach ganz bestimmten – eben jedenfalls, besonderen Sachverstand vorausgesetzt, als Bodendenkmale iSd § 8 Abs. 1 DMSG erkennbaren – Gegenständen wie römischen Bronzehlmen, hallstattzeitlichen Großgrabhügeln etc. sucht; nicht nach beliebigen archäologischen Funden und Befunden.

Beliebige archäologische Funde und Befunde – wie die, die ich (und sei es auch nur eventualvorsätzlich) im konkreten Beispielfall bei meinen geplanten Nachforschungen zu entdecken und untersuchen versuche – sind daher bestenfalls Gegenstände, die Bodendenkmale iSd § 8 Abs. 1 DMSG sein könnten, aber nicht solche, die Bodendenkmale sind. Daher können – bei Beachtung des Sachlichkeitsgebots – auch Grabungen und sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung von Bodendenkmalen (ob diese sich nun unter, auf oder über der Erdoberfläche befinden) nicht der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegen.

Aus genau diesem Grund – dass sich gar nicht ex ante bestimmen lässt, ob Gegenstände, die noch gar nicht entdeckt wurden, nun Bodendenkmale iSd § 8 Abs. 1 DMSG sind – hat übrigens auch der Gesetzgeber in den Bestimmungen des § 9 Abs. 1 und 3 DMSG vorgesehen, dass der zufällig entdeckten Bodendenkmale daraus erwachsende automatische Schutz Kraft gesetzlicher Vermutung

nicht etwa schon vor, sondern erst ab dem Zeitpunkt ihrer Entdeckung zukommt. Weil etwas, von dessen Existenz man noch nicht das mindeste weiß, und dessen Eigenschaften sich daher auch noch gar nicht beurteilen lassen, kann man nicht als Denkmal und auch nicht als Bodendenkmal rechtlich schützen, denn es fehlt dazu jedweder sachliche Grund.

Der bloße und völlig unbegründete Verdacht, dass ja überall im Boden archäologisch bedeutsame Gegenstände vorkommen könnten, von deren Existenz nur noch niemand etwas weiß, aber deren Erhaltung im öffentlichen Interesse gelegen wäre, wenn man sie kennen würde, bietet dem Staat und damit auch seinen Verwaltungsbehörden keine ausreichend sachliche Begründung dafür, verfassungsgesetzlich gewährleistete Grundrechte wie die Eigentumsgarantie des Art. 5 StGG und Art. 1 1.ZProtEMRK oder – gerade für archäologische Nachforschungen relevant – die Wissenschaftsfreiheit des Art. 17 Abs. 1 StGG und Art. 13 Charter der Grundrechte der Europäischen Union auch nur im mindesten zu beschränken. Denkmale kann man im österreichischen Recht erst dann schützen, wenn man sie kennt; unabhängig davon, welches genaue Wort und welche der beiden möglichen Legaldefinitionen der §§ 1 Abs. 1 oder 8 Abs. 1 DMSG man dafür heranziehen will. Will man nicht das Sachlichkeitsgebot der österreichischen Bundesverfassung verletzen, wird man sich mit dieser Tatsache abfinden müssen.

In meinem konkreten Fall ist daher der Grabungsgenehmigungsbescheid, den mir das BDA (25.4.2018, BDA-61408.obj/0003-ARCH/2018) erteilt hat, jedenfalls rechtswidrig. Die einzige rechtmäßige Entscheidung, die das BDA im Hinblick auf den von mir gestellten Grabungsgenehmigungsantrag fällen hätte können, wäre gewesen, meinen Antrag wegen offensichtlicher Unzuständigkeit der Behörde zurückzuweisen. Der einzig entscheidungswesentliche Sachverhalt war, dass es keinerlei konkrete Anhaltspunkte *„für ein Vorhandensein bzw. Auffinden denkmalsschutzrelevanter Gegenstände“* ([VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008](#), RN 18) am Ort der geplanten Nachforschungen gibt. Nachdem es jedoch *„[u]nabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des DMSG ist, dass ein Denkmal vorliegt (§ 1 Abs. 1 DMSG) bzw. im Falle des § 11 Abs. 1 DMSG, dass zumindest Bodenfunde vermutet werden“* (ibid.), was in Hinblick auf das betroffene Grundstück nicht der Fall ist, war einzig die Entscheidung möglich, dass auch die Bestimmung des § 11 Abs. 1 DMSG auf die von mir geplanten Grabungen und Nachforschungen auf diesem Grundstück nicht anwendbar ist.

#### Genehmigungspflichten für nicht-invasive Nachforschungsmaßnahmen?

Damit ist es aber noch lange nicht genug, denn das BDA hat mir ja nicht nur rechtswidriger Weise eine Genehmigung für die Durchführung archäologischer Grabungen und sonstiger invasiver archäologischer Nachforschungen erteilt, sondern auch – gleich in doppelt rechtswidriger Weise – für die Durchführung nicht-invasiver Nachforschungen. Konkreter begründet das BDA die Tatsache, dass es auch nicht-invasive Nachforschungen der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterwirft, in seinem Bescheid wie folgt:

*„Die Bewilligungspflicht ist sehr weitreichend, weil sie neben der Grabung, worunter nach der Judikatur des VwGH bereits das Wegwischen von Erde mit der Hand zu verstehen ist (VwGH 24.06.1985, 84/12/0213) auch ein nicht-invasives Forschen an Ort und Stelle umfasst.“* (BDA 25.4.2018, BDA-61408.obj/0003-ARCH/2018, 15).

Dabei ist zuerst einmal zu bemerken, dass der VwGH im vom BDA zitierten Erkenntnis überhaupt nicht vom Wegwischen von Erde, sondern nur von der Grabung mit der Hand spricht; geschweige denn davon, dass die Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG auch ein nicht-invasives Forschen an Ort und Stelle umfassen würde. Tatsächlich hat sich der VwGH im genannten Fall, der noch unter der Rechtslage des § 11 Abs. 1 DMSG idF BGBl. 167/1978 entschieden wurde, unter der überhaupt nur



„Ausgrabungen“ (Helfgott 1978, 83) und noch nicht einmal „sonstige Nachforschungen an Ort und Stelle“ (§ 11 Abs. 1 DMSG ab Fassung BGBl. 473/1990) den Genehmigungspflichttatbestand dieser Vorschrift erfüllen konnten (weshalb das BDA den genannten Fall letztendlich auch verloren hat, siehe VwGH 24.6.1985, 84/12/0213, 5), zu dieser Rechtsfrage überhaupt nicht geäußert. Er konnte das nicht nur aufgrund der damals noch anderen Rechtslage überhaupt nicht, sondern es war auch diese Frage gar nicht Verhandlungssache, weil es in dem Fall um eine Aufsammlung von Oberflächenfunden unter Verwendung eines Metallsuchgerätes ging. Dabei hatten die Strafverfolgungsbehörden 1. und 2. Instanz – wie der VwGH entschieden hat, rechtswidriger Weise – sachlich unbegründet angenommen, dass die Verwendung eines Metallsuchgerätes jedenfalls immer Grabungen – „und sei es nur mit den Händen“ (ibid., 3-5) – nach sich ziehen würde und auch im verfahrensgegenständlichen Fall nach sich gezogen habe. Der Beschuldigte hatte hingegen konsistent durch alle Instanzen darauf beharrt, dass er gar nicht gegraben, sondern nur Oberflächenfunde aufgesammelt habe. Auf dieses Vorbringen des Beschuldigten waren weder die Behörde 1. noch die 2. Instanz ausreichend eingegangen, weshalb der VwGH den Strafbescheid aufgrund Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben hatte.

Das vom BDA scheinbar zur Begründung seiner Rechtsansicht, dass auch nicht-invasive Nachforschungen der „sehr weitreichenden“ Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterworfen seien, zitierte VwGH-Erkenntnis stützt diese Ansicht also nicht, womit nur der Wortlaut des § 11 Abs. 1 DMSG selbst verbleibt. Dieser spricht wie bereits mehrfach zitiert tatsächlich nicht nur von „Grabungen“, sondern auch von „sonstigen Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung von beweglichen und unbeweglichen Denkmalen unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche“, worunter – vorerst einmal hypothetisch – tatsächlich auch die Nachforschung durch Verwendung nicht-invasiver Methoden gemeint sein könnte.

Dieser – hypothetisch möglichen – Auslegung der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG steht aber gerade in diesem Fall das allgemeine Sachlichkeitsgebot entgegen, das dem Gesetzgeber – auch im Sinne der materiellen Rechtsstaatlichkeit – die Erlassung willkürlicher und grob unsachlicher Regelungen verbietet (Berka 1999, 505). Die Unterwerfung nicht-invasiver Forschungsmethoden zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung von Denkmalen (oder auch nur Bodendenkmalen) unter die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG wäre jedoch genau eine solche willkürliche Regelung, weil jeder sachliche Grund dafür fehlt.

Der Gesetzgeber verfolgt bekanntermaßen mit den Bestimmungen des DMSG generell (wie bereits weiter oben ausführlich diskutiert) den Zweck, die nachteilige Zerstörung oder Veränderung der körperlichen Erscheinung und Substanz (sowie der damit verbundenen Wirkung) der Denkmale, deren Erhaltung aufgrund ihrer Bedeutung iSd § 1 Abs. 2 DMSG im öffentlichen Interesse gelegen ist, zu verhindern (VwGH 8.9.1977, 1113/77). Das Denkmalschutzgesetz zielt also ganz generell auf die Abwehr von (durch menschliches Handeln verursachter) Gefahren ab, die Denkmale körperlich verändern oder zerstören könnten.

Nicht-invasive archäologische Feldforschungsmethoden (wie z.B. die von mir geplanten magnetometrischen und Bodenradarmessungen) kennzeichnen sich jedoch gerade dadurch, dass sie nicht in die Substanz archäologischer Denkmale eingreifen. Sie können in aller Regel auch nicht die Erscheinung der archäologischen Denkmale verändern, weil sie mit dem Denkmal selbst gar nicht physisch in Kontakt kommen; insbesondere nicht, wenn man bedenkt, dass der Humusboden – als natürlich entstandene und stetig neu entstehende oberste Bodenschicht – unmöglich Teil der Substanz eines archäologischen Denkmals iSd § 1 Abs. 1 DMSG und somit die Humusoberkante auch nicht die dessen Erscheinung bestimmende Oberfläche des Denkmals sein kann (siehe in diesem Sinn auch schon [VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008](#), RN 21).

Der Forschende, der sich und seine Messinstrumente bei der Durchführung von Surveys mit nicht-invasiven Methoden auf der Erdoberfläche bewegt, interagiert bei diesen Forschungen also mit den von ihm untersuchten, sich unter der Erdoberfläche befindlichen Denkmälern (und sonstigen beliebigen Sachen) körperlich überhaupt nicht. Bei manchen dieser Methoden – wie z.B. bei der Magnetometrie – wird nicht einmal ein elektromagnetisches Signal aktiv in den Erdboden gesandt und somit mit den eventuell betroffenen Denkmälern nicht einmal auf diese Weise interagiert, sondern nur natürlich vorkommende, mikroskopische Störungen des Erdmagnetfelds über der Erdoberfläche gemessen, aus denen sich Rückschlüsse über Störfaktoren im Boden ableiten lassen. Bei anderen Methoden – wie der Bodenradarmessung – wird zwar ein elektromagnetisches Signal aktiv in den Boden gesandt und damit mit allfällig betroffenen Denkmälern physikalisch, wenn auch nicht körperlich, interagiert, aber es gibt bisher nicht einmal einen erstzunehmenden, hypothetischen Verdacht, dass diese physikalische Interaktion im Boden gelegenen Denkmälern irgendeinen, geschweige denn ernsthaften, körperlichen Schaden zufügen könnte.

Damit fehlt aber für den Gesetzgeber jedweder sachliche Grund, auch Nachforschungen mit nicht-invasiven Methoden der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG zu unterwerfen. Damit würde aber diese gesetzliche Bestimmung jedenfalls das allgemeine Sachlichkeitsgebot und darüber hinaus auch noch das Diskriminierungsverbot<sup>3</sup> (Berka 1999, 504) und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit staatlicher Reaktion<sup>4</sup> (Berka 1999, 156-67) verletzen, wäre also gleich aus drei Gründen ein verfassungswidriges Gesetz.

Nachdem aber eine Behörde wie das BDA dem Gesetzgeber nicht unterstellen darf, ein verfassungswidriges Gesetz erlassen zu haben, muss sie aus allen – hypothetisch – möglichen Auslegungen einer Bestimmung, mit deren Vollzug sie betraut ist, eine jener auswählen, die verfassungskonform sind. Das bedeutet nun aber im konkreten Fall der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG, dass die Auslegung, dass auch nicht-invasive archäologische Nachforschungen der in dieser Vorschrift festgesetzten Genehmigungspflicht unterworfen sind – die vorerst hypothetisch möglich erschienen ist – aufgrund offensichtlicher Verfassungswidrigkeit auszuschneiden ist.

Damit konnte aber das BDA die von mir geplanten nicht-invasiven Nachforschungen mittels Magnetometer und Bodenradar keinesfalls der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG

---

<sup>3</sup> Das Diskriminierungsverbot würde dadurch verletzt, dass der Staat dadurch, dass er Handlungen, die – wie Grabungen und andere invasive Methoden – in die Erscheinung und Substanz der Denkmale körperlich eingreifen und diese somit in signifikanter Weise verändern oder zerstören können, und solche die – wie alle nicht-invasiven Methoden – genau das nicht tun und daher auch die körperlich unveränderte Erhaltung der Erscheinung und Substanz der von ihnen betroffenen Denkmale gar nicht gefährden können, rechtlich gleichbehandeln würde, obgleich sie sich in ihrer entscheidenden Eigenschaft sachlich maßgeblich voneinander unterscheiden. Damit würde der Staat also Ungleiches gleichbehandeln, was ihm durch das Diskriminierungsverbot ebenso verboten ist wie Gleiches ungleich zu behandeln (Berka 1999, 504).

<sup>44</sup> Nachdem von der Verwendung nicht-invasiver Nachforschungsmethoden keine ernsthafte Gefahr für das rechtliche Schutzgut der Denkmale ausgehen kann, kann die Unterwerfung dieser Nachforschungsmethoden unter die Bewilligungspflicht weder dafür geeignet noch dafür erforderlich sein, das vom Gesetzgeber verfolgte gesetzliche Schutzziel zu erreichen oder ihm auch nur maßgeblich näherzukommen. Damit wird das Übermaßverbot wenigstens dadurch verletzt, dass der Gesetzgeber mit dem weitaus gelinderen Mittel, nicht-invasive Forschungsmethoden gar keiner Genehmigungspflicht zu unterwerfen, das von ihm angestrebte Ziel ebenso effektiv erreichen kann als wenn er sie einer Genehmigungspflicht unterwirft. Damit fällt aber die Genehmigungspflicht für nicht-invasive Methoden zwingend im 2. und 3. Schritt der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dasselbe gilt übrigens auch für die Bewilligungspflicht für nicht-invasive Nachforschungsmethoden in § 11 Abs. 8 DMSG, die daher jedenfalls eine verfassungswidrige gesetzliche Bestimmung ist.

unterwerfen; unabhängig von der Frage, ob die ebenfalls von mir geplanten, invasiven Maßnahmen (insbesondere die geplante Grabung) dieser Genehmigungspflicht unterliegen (was sie, wie schon in den beiden vorhergehenden Unterkapiteln gezeigt, auch nicht tun können). Bei Beachtung des Sachlichkeitsgebotes hätte es sich vielmehr insbesondere in Hinblick auf die von mir beantragten nicht-invasiven Methoden als unzuständig erklären und meinen Antrag auf Bewilligung wenigstens in diesen Teilen zurückweisen müssen.

In Verbindung mit dem bereits andernorts besprochenen Fall [BVwG vom 11.9.2017, W 183 2168814-1/2E](#), und dem bereits zuvor generell zur ebenfalls nicht bestehenden Genehmigungsfähigkeit all meiner geplanten Nachforschungen Gesagten beginnt dies den Verdacht zu erwecken, dass das BDA in seiner Anwendungspraxis der Bestimmungen des § 11 Abs. 1 DMSG nicht nur die geltende Rechtslage, *in besonderem Maß* (VfSlg 11.840/1989; Berka 1999, 547) erkennt, sondern tatsächlich mehr hinter dieser vollkommen willkürlichen behördlichen Anwendung dieser Vorschrift steht. Denn es kann ja unmöglich sein, dass die archäologischen Fachkräfte, die das BDA gerade wegen ihres besonderen archäologischen Sachverstandes beschäftigt, ernsthaft der Ansicht sind, dass von nicht-invasiven Forschungsmethoden wie der magnetometrischen oder der Bodenradarmessung irgendwelche ernsthaften Gefahren für die Erhaltung von Erscheinung und Substanz von Denkmalen (oder auch nur Bodendenkmalen) ausgehen. Diese Fachkräfte können also unmöglich glauben, dass diese nicht-invasiven Nachforschungsmethoden der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 unterliegen können. Auf diesen Punkt wird daher später noch zurückzukommen sein.

#### Sachdienliche Bescheidaufgaben?

Aber ehe wir uns diesem Punkt zuwenden ist noch zu betrachten, welche Auflagen das BDA denn nun mit seinem bewilligenden Bescheid verbunden hat.

Dass das BDA berechtigt ist, mit einem (rechtmäßigen) Bewilligungsbescheid gem. § 11 Abs. 1 DMSG Einschränkungen, Auflagen und Sonderregeln zu verbinden, wurde ja bereits weiter oben ausgeführt. Wie dort aber ebenfalls schon ausgeführt wurde, müssen solche mit einem (rechtmäßig erteilten) Bescheid verbundenen Auflagen auch tatsächlich sachdienlich, d.h. dafür geeignet und erforderlich sein, das gesetzliche Schutzziel zu erreichen oder wenigstens sein Erreichen maßgeblich zu fördern. Wie schon oben beispielhaft ausgeführt: Brille wo erforderlich ja, Clownskostüm generell nein.

Wie ebenfalls schon weiter oben ausgeführt ist das Ziel, das der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des DMSG – inklusive der Möglichkeit, mit bewilligenden Bescheiden gem. § 11 Abs. 1 sachdienliche Auflagen zu verbinden – verfolgt, die körperlich in Erscheinung und Substanz möglichst unveränderte Erhaltung der **Denkmale** zu gewährleisten. Damit mit solchen Bescheiden verbundene Auflagen als sachdienlich erachtet werden können, müssen sie also dafür geeignet sein, die körperliche Zerstörung oder Veränderung der Erscheinung und Substanz der durch die beauftragten Maßnahmen betroffenen **Denkmale** (bzw. **Bodendenkmale**) zu verhindern oder wenigstens maßgeblich zu reduzieren.

Das stellt das BDA natürlich gerade im hier diskutierten Beispielfall von Anfang an vor ein bedeutendes Problem in Hinblick auf die Verbindung von Auflagen mit dem (ohnehin gänzlich rechtswidrigen) bewilligenden Bescheid: vom betroffenen Grundstück sind ihm schließlich weder irgendwelche Hinweise auf das (auch nur mutmaßliche) Vorkommen irgendwelcher **Denkmale** iSd § 1 Abs. 1 und 2 DMSG noch auf das irgendwelcher **Bodendenkmale** iSd § 8 Abs. 1 DMSG bekannt. Ja es liegen ihm nicht einmal irgendwelche konkreten Hinweise auf das Vorkommen von **Denkmalen** oder **Bodendenkmalen**, oder auch nur irgendwelcher **archäologischer Funde und Befunde**, von dem betroffenen Grundstück vor.

Das schließt nun aber eigentlich schon allein für sich völlig aus, dass das BDA mit einem bewilligenden Bescheid für diese konkret geplanten (und alle sachlich gleich gelagerten) Nachforschungen irgendwelche Auflagen verbinden kann. Schließlich hängt die Beantwortung der Frage, welche Auflagen sowohl dafür geeignet als auch erforderlich sind, um allfällig von ihnen betroffene **Denkmale** (oder auch nur **Bodendenkmale**) vor durch die geplanten Maßnahmen (möglicherweise) verursachten Zerstörungen und Veränderungen ihrer Erscheinung und Substanz zu schützen, unabdingbar davon ab, wo im betroffenen Boden welche konkreten **Denkmale** bzw. **Bodendenkmale** vorhanden sind.

Eine Einschränkung hinsichtlich der beispielhaft dafür im Wortlaut des § 11 Abs. 1 genannten Tiefe und Fläche geplanter Grabungen kann bei Beachtung der gebotenen Sachlichkeit selbstverständlich nur dann mit dem Bescheid verbunden werden, wenn das BDA bereits weiß, wo auf dem betreffenden Grundstück in welcher Tiefe welche **Denkmale** vorkommen, an deren körperlich unveränderter Erhaltung auch tatsächlich – wenigstens wahrscheinlich iSd § 1 Abs. 5 DMSG – ein öffentliches Interesse iSd § 1 Abs. 2 DMSG besteht. Das gleiche gilt bezüglich Auflagen zur Art der Durchführung: weiß das BDA nicht, dass an Ort und Stelle denkmalgeschützte paläolithische oder mesolithische archäologische Überreste vorkommen, kann es auch nicht die Durchführung der Grabung entsprechend der in den Richtlinien angeführten Vorgaben für Paläolith-/Mesolithgrabungen (BDA 2018, 18) als Auflage mit dem Bescheid verbinden.

Ganz einfach gesagt: worüber das BDA nichts weiß, kann es auch keinerlei Auflagen erlassen. Nachdem es im konkreten Fall nur weiß, dass es nichts (über das Vorkommen irgendwelcher **Denkmale** an Ort und Stelle) weiß, kann es auch keinerlei sachdienlichen Auflagen erteilen.

Trotzdem hat das BDA im konkreten Fall mit seinem bewilligenden Bescheid 37 nummerierte Auflagen verbunden, deren Darstellung 13 eng bedruckte A4-Seiten umfasst. Diese 37 Auflagen sind dabei allesamt mehr oder minder wörtlich aus den Richtlinien für archäologische Maßnahmen (BDA 2018) übernommen. Eine wie auch immer geartete Anpassung an die besonderen Umstände des konkreten Einzelfalls ist in keinem einzigen Fall erkennbar.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Auch das ist schon problematisch: bei einem Bescheid handelt es sich im österreichischen Recht um einen individuellen hoheitlichen, im Außenverhältnis ergehenden normativen Verwaltungsakt, der sich nie gleichermaßen an alle Normunterworfenen richtet, sondern individuelle Rechtsverhältnisse gestaltet oder feststellt. Dementgegen haben von Organen der Verwaltung im Außenverhältnis einseitig erlassene generelle Rechtsnormen, die sich an einen allgemeinen Personenkreis richten, Verordnungscharakter. Direkt aus den Richtlinien (BDA 2018) übernommene und nicht an den individuellen Einzelfall angepasste ‚Auflagen‘, die mit jedem Grabungsgenehmigungsbescheid verbunden werden, sind daher als Verordnungen zu betrachten.

Dabei bleibt es sich gleich, ob das BDA – das als nachgeordnete Dienststelle des Ministeriums keine eigene Verordnungskompetenz hat – die Tatsache, dass es sich dabei um eine Verordnung handelt, dadurch zu verschleiern versucht, indem es sie ‚Richtlinien‘ nennt und so tut, als ob sie erst durch Verbindung mit einem bewilligenden Bescheid rechtswirksam würde. Dies ist umso mehr der Fall, wenn es eben nicht nur die darin festgesetzten Vorschriften tatsächlich überhaupt nicht an den konkreten Einzelfall anpasst, sondern an diesen Einzelfall überhaupt gar nicht anpassen kann, weil es in aller Regel den dafür entscheidungswesentlichen Sachverhalt weder kennt noch kennen kann.

Davon abgesehen ist der Verordnungscharakter der Richtlinien aber auch daran zu erkennen, dass das BDA auf den dem Bewilligungsantrag gem. § 11 Abs. 1 DMSG beizufügenden ‚*Prospektionskonzept*‘ und ‚*Grabungskonzept*‘ (siehe auch BDA 2018, 48-51) verlangt, dass ein von den Richtlinienvorgaben abgehendes Vorgehen eigens beantragt und dafür auch begründet werden muss. Dass eine hypothetische Möglichkeit existiert, auch alternatives Vorgehen bewilligt bekommen zu können – die wohl auch praktisch so gut wie nie genutzt werden dürfte, weil sie mit bedeutendem Mehraufwand und höherem Abweisungsrisiko verbunden ist – ist bestenfalls ein Feigenblatt, ein formalrechtlicher Trick, mit dem man die ansonsten offenkundige Rechtswidrigkeit des gewählten Vorgehens mehr oder minder geschickt zu verstecken versucht.

Generell lassen sich die 37 Auflagen grob in 2 Gruppen einteilen: Auflagen Nr. 1-28, 30 und 32-36 enthalten verpflichtend einzuhaltende Vorgaben über die bei den invasiven und nicht-invasiven Nachforschungen zu verwendenden wissenschaftlichen Untersuchungsmethoden, wissenschaftlichen Dokumentationsmethoden, das wissenschaftliche Berichtswesen und verpflichtend beizubringende Manuskripte für die Publikation, jeweils mit Vorgaben bis hin zu feinen Details (wie z.B. bei magnetometrischen Untersuchungen zu wählenden, maximalen Messpunktabstände, die detaillierte verbale Beschreibung jeder stratigrafischen Einheit nach Kontur und Form, die Schriftart und -größe für Haupttext und Fußnoten im Berichtsteil B, der automatisch im elektronischen Teil der FÖ publiziert wird, wenn der Berichtersteller dies nicht explizit untersagt, etc.). Auflagen 29-31 und 37 hingegen enthalten verpflichtend einzuhaltende Vorgaben zur Bergung, möglichst langfristigen Konservierung, Restaurierung und Langzeitarchivierung bei den Maßnahmen entdeckter beweglicher Kleinfunde, zur Sicherung unmittelbar betroffener unbeweglicher Bodendenkmale und zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Erdoberfläche nach Abschluss der Maßnahmen.

Bei der gebotenen sachlichen Betrachtung ist selbstverständlich unmittelbar offensichtlich, dass die zur ersten genannten Gruppe gehörenden Auflagen allesamt nicht sachdienliche Auflagen sein können. Schließlich ist das Ziel, das der Gesetzgeber mit den Bestimmungen des DMSG verfolgt, die körperlich möglichst unveränderte Erhaltung von Denkmalen iSd § 1 Abs. 1 und 2 DMSG zu erreichen; und keine der hier zur ersten Gruppe zusammengefassten Auflagen ist auch nur im Entferntesten dafür geeignet, geschweige denn dafür erforderlich, dieses Schutzziel zu erreichen oder sich diesem auch nur irgendwie anzunähern.

Bei allen Auflagen, die die Durchführung und Dokumentation nicht-invasiver Untersuchungen betreffen, ist das schon allein aus dem schon weiter oben ausgeführten Grund offensichtlich der Fall, weil diese ja überhaupt nicht die körperliche Zerstörung oder Veränderung (eventuell) an Ort und Stelle vorkommender Denkmale verursachen können. In welchem Abstand z.B. bei magnetometrischen Untersuchungen Messungen entlang einer eingemessenen Messleine mit einem Messgerät welcher effektiven Messauflösung vorgenommen werden, hat ebenso wenig irgendeinen Einfluss auf die körperlich unveränderte Erhaltung von Erscheinung und Substanz irgendwelcher im Erdboden befindlicher Denkmale, wie ob die Darstellung der Messdaten nun in Form einer Graustufenabbildung, Farbdarstellung, Konturlinien oder anderswie erfolgt (Auflage Nr. 5). Alle diese Auflagen können daher auch weder dafür geeignet sein, das gesetzliche Schutzziel zu erreichen, noch sind sie in irgendeiner Weise erforderlich, sich ihm auch nur maßgeblich mehr anzunähern: es wird schließlich auch schon ganz ohne die Erteilung dieser Auflagen gänzlich erreicht.

Aber auch die Auflagen, welche die Durchführung und Dokumentation invasiver Untersuchungen, d.h. in erster Linie die archäologische Ausgrabung im engeren Sinn betreffen, können nicht sachdienlich sein, denn auch durch ihre Einhaltung kann das gesetzliche Schutzziel weder erreicht noch auch nur sein Erreichen maßgeblich gefördert werden. So z.B. vermag auch Auflage Nr. 7, die vorschreibt, dass die Grabung ausschließlich innerhalb der bewilligten Maßnahmenfläche entsprechend der stratigrafischen Grabungsmethode durchzuführen und dabei jede stratigrafische Einheit zu dokumentieren und mit einer fortlaufenden Zahl in arabischen Ziffern zu nummerieren ist (usw.), nicht dazu beitragen, dass allfällig auf der bewilligten Maßnahmenfläche vorkommende unbewegliche Denkmale körperlich in Erscheinung und Substanz unverändert erhalten bleiben. Schließlich ist die archäologische Ausgrabung – wie auch schon der Wortlaut von § 11 Abs. 5 DMSG letzter Satz explizit feststellt – ‚zwangsläufig‘ mit Veränderungen bzw. der Zerstörung der betroffenen Denkmale verbunden.



Wie genau – ob nun z.B. mittels der Schicht- oder der ebenfalls im deutschen Sprachraum noch weit verbreiteten Abstich- bzw. Planungsgrabungsmethode (Gersbach 1998, 29-31; vgl. LfDH 2017, 6-7) – diese Zerstörung oder Veränderung nun am Besten durchgeführt wird, ist eine Frage der Methodenwahl, die man wissenschaftlich durchaus diskutieren kann.<sup>6</sup> Aber wie auch immer man zu dieser Frage steht ändert nichts daran, dass die ausgegrabenen unbeweglichen Denkmale durch ihre Ausgrabung zerstört oder wenigstens so maßgeblich verändert werden, dass das ihrer Zerstörung iSd § 4 Abs. 1 DMSG gleichkommt, und damit das gesetzliche Schutzziel auch nicht dadurch erreicht oder sich im maßgeblich angenähert werden kann, dass die zuständige staatliche Behörde durch eine Bescheidaufgabe die Verwendung der einen Methode ge- und die der anderen somit verbietet.

Ebenso wenig können alle Auflagen bezüglich der Dokumentation sachdienliche Auflagen sein. Denn wie schon oben zu den Zielen festgehalten wurde, die der Gesetzgeber mit dem Denkmalschutzgesetz verfolgt, geht es nicht um das Wachhalten des Gedenkens, sondern um die Erhaltung der Denkmale selbst (VfGH 19.3.1964, K 11-4/63), weshalb dem öffentlichen Erhaltungsinteresse auch nicht dadurch Rechnung getragen werden kann, dass ein Denkmal vor seiner Zerstörung fotografiert ([VwGH 8.11.1973, 1072/73](#)) oder anderswie dokumentiert wird. Mit Erhaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 DMSG ist immer die Verhinderung der Veränderung von Substanz (VfGH 11.3.1976, G 30/74 und G 6/75; [VwGH 29.4.2011, 2010/09/0230](#)), Erscheinung oder künstlerischen Wirkung (VfGH 1.3.1980, B 73/77) des Denkmals gemeint. Dafür ist aber der Denkmalschutz auch niemals dauerhaft, weil letztendlich kein Denkmal der Vernichtung entgehen kann (VwGH 5.2.1976, 1891/75).

Die Dokumentation der Veränderung bzw. Zerstörung eines archäologischen Denkmals – wie wünschenswert auch immer sie aus archäologisch-wissenschaftlicher Sicht auch ist – ist – leider – im Sinne des DMSG keine Maßnahme, durch die das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Denkmale erreicht werden kann. Damit können Auflagen betreffend der wissenschaftlichen Dokumentation archäologischer Feldforschungsmaßnahmen auch unmöglich sachdienliche denkmalpflegerische Auflagen sein, die einem bewilligenden Bescheid gem. § 11 Abs. 1 DMSG angeschlossen werden können.

Um dieses Problem kommt man nicht einmal dann herum, wenn man annehmen will, dass alle diese Auflagen mit dem Bescheid nur für den Eventualfall verbunden sind, dass bei den archäologischen Maßnahmen – und sei es, wie im konkreten Fall, auch nur wider jedwedes Erwarten – doch irgendwelche beweglichen oder unbeweglichen Gegenstände entdeckt werden, die offenkundig Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG haben und daher tatsächlich **Bodendenkmale** iSd § 8 Abs. 1

---

<sup>6</sup> Wobei an dieser Stelle festzuhalten ist, dass ich schon seit langem aus erkenntnislogischen Gründen (die im Prinzip schon R.E. Mortimer Wheeler 1954, 51-4 erläutert hat) die vom BDA per Bescheidaufgabe Nr. 7 angeordnete Schichtgrabungsmethode bevorzuge. Ich habe also per se kein Problem damit, die von mir geplante Grabung in Schichtgrabungsmethode durchzuführen. Ich würde aber auch dann die Grabung in Schichtgrabungsmethode durchführen, wenn das BDA sich in dieser methodischen Frage anders entscheiden und – wie es das lange getan hat – die Planungsgrabungsmethode vorschreiben würde. Mit der Auflage, in Schichtgrabungsmethode graben zu müssen, schreibt das BDA also nicht nur unsachlich eine bestimmte Vorgehensweise (bzw. „Art der Durchführung“) vor, sondern greift durch diese Auflage noch dazu in den Wesensgehalt der Wissenschaftsfreiheit des Art. 17 Abs. 1 StGG ein, die den Wissenschaftler vor genau derartigen Eingriffen des Staates in seine Freiheit der Methodenwahl absolut schützt (Berka 1999, 344-5). Die Auflage ist also gleich in zweierlei Weisen hochgradig verfassungswidrig, insbesondere wenn man bedenkt, dass vom betroffenen Grundstück noch nicht einmal ein konkreter Hinweis auf das Vorkommen des verfassungsgesetzlich geschützten Rechtsguts Denkmale bekannt sind. Die Frage, welche Grabungsmethode geeigneter ist, um archäologische Ausgrabungen durchzuführen, ist letztendlich eine wissenschaftsethische Frage, die jeder Wissenschaftler für sich selbst entscheiden muss; nicht etwas, was ihm von einer staatlichen Behörde per Bescheidaufgabe vorgeschrieben werden kann.

DMSG sind, die daher ab dem Zeitpunkt ihrer Entdeckung gem. § 9 Abs. 3 DMSG zeitweilig kraft gesetzlichen Vermutung unter Denkmalschutz stehen. Denn einmal abgesehen davon, dass diese dann – streng genommen – eigentlich ‚Zufallsfunde‘ iSd § 8 Abs. 1 DMSG wären, weil ihre Entdeckung zwar durchaus beabsichtigt gewesen sein mag, aber nicht vorhersehbar war (was die Erteilung einer Bewilligung gem. § 11 Abs. 1 DMSG für die geplanten Nachforschungen völlig sinnlos machen würde)<sup>7</sup>: die Grabungsgenehmigung gem. § 11 Abs. 1 DMSG gestattet laut § 11 Abs. 5 DMSG den ‚nach Abs. 1 Berechtigten [...] die Veränderungen und Zerstörungen von Bodendenkmalen [...] in jenem Ausmaß [...], als dies durch eine wissenschaftliche Grabungsarbeit unvermeidlich und daher notwendig ist‘ (§ 11 Abs. 5 DMSG 1. Satz). Wenn aber die Grabungsgenehmigung die bei archäologischen Ausgrabungen wissenschaftlich notwendigen Zerstörungen von Bodendenkmalen gestattet, dann können auch die Art der Durchführung betreffende Auflagen, die mit dem bewilligenden Bescheid nur für den Eventualfall verbunden sind, dass der bewilligungspflichtige Taterfolg eintritt, nicht dazu geeignet sein, die körperlich unveränderte Erhaltung der dabei entdeckten und untersuchten Bodendenkmale zu gewährleisten und daher weder dazu dienlich sein, das gesetzliche Schutzziel zu erreichen noch sein Erreichen maßgeblich zu fördern.

Es ist denkunmöglich, dass Denkmale (und/oder Bodendenkmale), die zwingend zerstört oder verändert werden müssen, damit der Nachforschende den Zweck, den er mit der bewilligungspflichtigen Handlung erreichen will, tatsächlich verwirklichen kann, durch mit dem diese Handlungen bewilligenden Bescheid verbundene Auflagen vor Zerstörung oder Veränderung geschützt werden können. Wenn die Auflagen aber das Denkmal nicht vor Zerstörung oder Veränderung schützen können, können sie nicht sachdienlich sein, weil die den Zweck, den der Gesetzgeber mit dem DMSG zu erreichen versucht, nicht zu verwirklichen gestatten. Die Zwecke, die Nachforschender und Gesetzgeber verwirklichen wollen, schließen sich in diesem Fall einfach gegenseitig aus; und auch eine noch so gute wissenschaftliche Dokumentation der Zerstörung des betroffenen Denkmals – die wissenschaftlich selbstverständlich ebenso wünschenswert wie erforderlich ist – kann an dieser Tatsache nichts ändern.

Damit bleiben nur noch Auflagen 29-31 und 37, die sich im weitesten Sinn mit der Konservierung, Restaurierung, Archivierung und Sicherung von entdeckten, beweglichen archäologischen Funden und unbeweglichen Befunden befassen. Bei diesen besteht – wenigstens auf den ersten Blick – wenigstens eine Chance, dass sie als sachdienliche Auflagen betrachtet werden könnten: immerhin scheint es

---

<sup>7</sup> Das impliziert auch Auflage Nr. 10, die bestimmt, dass ‚gänzlich unerwartete, d.h. der vorausgegangenen Prognose nicht entsprechende, oder z.B. hinsichtlich ihrer Qualität, ihrer Singularität oder ihres konservatorischen/restauratorischen Anspruchs herausragende (Be-)Funde‘, trotz vorliegender Genehmigung gem. § 11 Abs. 1 DMSG dennoch ‚der Meldepflicht nach § 8 DMSG‘ (BDA 25.4.2018, BDA-61408.obj/0003-ARCH/2018, 3) und damit dann wohl auch (obgleich nicht explizit erwähnt) deren Rechtsfolgen gem. § 9 DMSG unterliegen. Gerade das führt aber in einem Fall wie dem konkreten den bewilligenden Bescheid gänzlich ad absurdum: die Prognose am betreffenden Grundstück ist schließlich, dass dort gar keine Denkmale, Bodendenkmale oder auch nur archäologische Funde und Befunde vorkommen. Damit würde aber die Entdeckung eines jedes Bodendenkmals der Meldepflicht des § 8 Abs. 1 und deren Rechtsfolgen gem. § 9 DMSG unterliegen, d.h. die (bereits bewilligten) Nachforschungen an Ort und Stelle wären erst recht gem. § 9 Abs. 1 DMSG unverzüglich auf bis zu 5 Tage ab Abgabe der Fundmeldung oder zur vorherigen Aufhebung dieser Beschränkung durch ein Organ des BDA einzustellen und die Fundstelle unverändert zu belassen; und alle entdeckten beweglichen und unbeweglichen Bodendenkmale stünden gem. § 9 Abs. 3 DMSG automatisch auf bis zu 6 Wochen oder der zuvor ergangenen bescheidmäßigen Entscheidung des BDA, dass an ihrer Erhaltung kein öffentliches Interesse iSd § 1 Abs. 2 DMSG besteht, kraft gesetzlicher Vermutung unter Denkmalschutz und dürften daher während dieser Zeit gem. § 4 Abs. 1 DMSG ohne Genehmigung des BDA gem. § 5 Abs. 1 DMSG weder zerstört noch in irgendeiner Weise verändert werden. Exakt diese Beschränkungen bestehen aber ohnehin, d.h. die Bewilligung der Grabung und sonstigen Nachforschungen wäre vollkommen unnötig.

dabei wenigstens teilweise, wenn nicht sogar durchgehend, um die langfristig körperlich unveränderte Erhaltung der entdeckten Denkmale zu gehen, was dem Erreichen des gesetzlichen Schutzzieles förderlich sein könnte.

Schon bei etwas genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass auch diese Auflagen nicht sachdienlich im Sinne des DMSG sein können. Das beginnt schon damit, dass schließlich gar keine Hinweise auf das Vorkommen irgendwelcher **Denkmale**, **Bodendenkmale** oder auch nur irgendwelcher archäologischer Funde und Befunde vom im konkreten Fall betroffenen Grundstück bekannt sind. Ein öffentliches Interesse an der Erhaltung irgendwelcher auf diesem Grundstück befindlicher Sachen fehlt daher völlig, die dem BDA die Einschränkung der Eigentumsgarantie des Art. 5 StGG und Art. 1 1ZProt.EMRK gestatten würde.

An dieser Stelle stoßen wir wieder auf das Problem, dass eben keineswegs jeder archäologische Fund und Befund auch nur ein **Bodendenkmal** iSd § 8 Abs. 1, geschweige denn ein **Denkmal** iSd § 1 Abs. 1 und 2 DMSG ist. Dennoch verlangt das BDA, z.B. in Auflage 29, dass *„die Konservierung sämtlicher Funde zu gewährleisten“* ist. *„Dies betrifft sowohl das Fundmaterial (= bewegliche archäologische Denkmale) als auch die an Ort und Stelle erhaltenen Befunde/Befundreste (unbewegliche archäologische Denkmale)“* (BDA25.4.2018, BDA-61408.obj/0003-ARCH/2018, 8). Nun ist es jedoch so, dass an der Erhaltung der meisten archäologischen Funde und Befunde, wie schon oben ausgeführt, überhaupt kein öffentliches Interesse besteht.

Das BDA kann jedoch nur bezüglich solcher Sachen durch irgendwelche mit dem Bescheid verbundenen Auflagen irgendwelche Anordnungen treffen, an deren Erhaltung iSd § 1 Abs. 2 DMSG ein öffentliches Erhaltungsinteresse besteht. Damit erweisen sich unmittelbar alle die Konservierung, Restaurierung, Archivierung und Sicherung aller archäologischen Funde und Befunde, an deren Erhaltung gar kein öffentliches Interesse besteht, als sachlich unzulässig: das DMSG will **Denkmale** schützen, nicht alle Sachen (siehe dazu auch schon [VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008](#), RN 18). Gerade im konkreten Fall fehlen aber jeder konkrete Anhaltspunkt darauf, dass bei den von mir geplanten Nachforschungen irgendwelche Gegenstände entdeckt werden könnten (geschweige denn entdeckt werden dürften), die Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG haben. Allen dem BDA von diesem Grundstück bekannten Sachen fehlt hingegen ebendiese Denkmaleigenschaft völlig, womit bei der gebotenen sachlichen Beachtung kein sachlicher Grund für die Erteilung dieser Auflagen existiert.

Auch hier könnte man nun auf den Eventualfall auszuweichen versuchen, dass doch – entgegen aller Erwartungen – bei meinen geplanten Nachforschungen **Bodendenkmale** iSd § 8 Abs. 1 DMSG entdeckt werden könnten, die dann eben entsprechend der genannten Auflagen zu behandeln seien. Diese stehen schließlich vom Zeitpunkt ihrer Entdeckung an kraft gesetzlicher Vermutung unter Denkmalschutz, d.h. es besteht ab diesem Zeitpunkt ein öffentliches Interesse an ihrer Erhaltung. Zwar hätte das BDA seine Auflagen dann auch entsprechend anders formulieren müssen, um klar zu machen, dass nicht alle angetroffenen archäologischen Funde und Befunde, sondern nur jene, denen offenkundig Denkmaleigenschaft iSd § 1 Abs. 2 DMSG zukommt, entsprechend der Auflagen 29-31 und 37 zu behandeln seien; aber das könnte man als bloße, unglückliche Formulierung abtun und davon ausgehen, dass das BDA ohnehin nur jene davon gemeint hat, an deren Erhaltung ein öffentliches Interesse bestehen könnte, nicht wirklich alle. Allerdings führt einen auch diese Annahme nicht wirklich viel weiter, gleich aus mehreren Gründen.

Da ist zuerst die gerade erst zitierte Bestimmung des § 11 Abs. 5 DMSG, dass bei der bewilligten Grabung gem. § 11 Abs. 1 DMSG die wissenschaftlich erforderliche Zerstörung und Veränderung von **Bodendenkmalen** gestattet ist, was die Konservierung (etc.) von an Ort und Stelle vorhandenen

Befunden/Befundresten, die untersucht werden sollen, völlig unmöglich macht. Nicht unmittelbar betroffene **Bodendenkmale**, die nicht untersucht werden sollen, sind hingegen gar nicht von den bewilligten Nachforschungen betroffen. Eine Pflicht zu ihrer Konservierung oder auch Sicherung kann den Bewilligungsinhaber also unmöglich treffen; insbesondere dann nicht, wenn an deren Erhaltung überhaupt kein festgestelltes öffentliches Interesse besteht. Wenn überhaupt hat sie der Nachforschende, der sie ja gerade nicht vorsätzlich entdecken und untersuchen will, wenn sie zuvor noch unbekannt waren, als ‚Zufallsfunde‘ gem. § 8 Abs. 1 DMSG zu melden und dann gem. § 9 Abs. 1 DMSG unverändert zu belassen.

Dazu kommt das Problem hinzu, dass an der Erhaltung von zuvor noch unbekannten **Bodendenkmalen** ein öffentliches Interesse an deren Erhaltung gem. § 9 Abs. 3 DMSG nur zeitweilig und nur kraft gesetzlicher Vermutung besteht. Diese zeitweilige Unterschutzstellung dient genau einem Zweck, der sich aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 3 DMSG auch ganz einfach ableiten lässt: neu entdeckte **Bodendenkmale** stehen gem. § 9 Abs. 3 DMSG vom Zeitpunkt ihrer Entdeckung bis maximal 6 Wochen ab Abgabe der Fundmeldung unter Denkmalschutz, damit das BDA ‚bis zum Ende dieser Frist‘ entscheiden kann, ‚ob diese Bodendenkmale weiterhin den Beschränkungen dieses Bundesgesetzes (in allen Fällen nach den Rechtsfolgen für Unterschutzstellungen durch Bescheid gemäß § 3 Abs. 1) unterliegen; einem Rechtsmittel gegen diesen Bescheid kommt keine aufschiebende Wirkung zu‘.

Daher unterliegen diese **Bodendenkmale** während dieser Frist – während der sie ‚*einheitlich gemäß den Bestimmungen bei Unterschutzstellungen durch Bescheid (§ 3 Abs. 1)*‘ (§ 9 Abs. 3 DMSG) unter Denkmalschutz stehen, vollständig dem Zerstörungs- und Veränderungsverbot des § 4 DMSG. Dieses Veränderungsverbot verbietet jedoch jede Handlung in Hinblick auf das geschützte **Denkmal** (und sei es nur ein zeitweilig geschütztes **Bodendenkmal**), die dessen Substanz, überlieferte Erscheinung oder künstlerische Wirkung auch nur beeinflussen könnte; wobei die überlieferte Erscheinung ‚*der aktuelle Zustand ist, zu dem sich das Denkmal seit der Unterschutzstellung durch bewilligte oder ‚natürliche‘ (zB alterungs- oder witterungsbedingte) Veränderungen entwickelt hat*‘ (Bazil et al. 2015, 42).

Soweit an solchen, geschützten ‚*unbeweglichen Denkmalen Instandhaltungs- und Reparaturmaßnahmen im üblichen notwendigen Umfang durchgeführt werden*‘ sollen, ‚*können die Anträge*‘ gemäß § 5 Abs. 1 laut § 5 Abs. 2 DMSG ‚*auch mündlich oder schriftlich wenigstens zwei Monate vor Beginn der Arbeiten in Form einer Anzeige an das Bundesdenkmalamt gestellt werden. Diese Mitteilung hat den Hinweis zu enthalten, dass es sich nur um im vorhergehenden Satz beschriebene Maßnahmen handelt. Eine Entscheidung des Bundesdenkmalamtes hat binnen sechs Wochen zu ergehen. Eine nicht rechtzeitige Entscheidung kann nicht als Genehmigung gewertet werden.*‘ (§ 5 Abs. 2 DMSG). Soweit es sich also bei den im Grabungsgenehmigungsbescheid per Auflage angeordneten Konservierungs-, Restaurierungs-, Archivierungs- und Sicherungsmaßnahmen um solche Maßnahmen handelt, die als solche üblichen Instandhaltungs- und Reparaturmaßnahmen handelt, ist deren Durchführung ohne separaten Bescheid des BDA gem. § 5 Abs. 1 DMSG verboten, der zwei Monate vor der Entdeckung der betreffenden Bodendenkmale gestellt werden hätte müssen, wofür allerdings auch ein mündlicher Antrag genügt hätte. Gehen die per Auflage angeordneten Maßnahmen hingegen darüber hinaus, ist für ihre Durchführung ein voller schriftlicher Antrag gem. § 5 Abs. 1 DMSG erforderlich, so lange die betroffenen **Bodendenkmale** kraft gesetzlicher Vermutung zeitweilig unter Denkmalschutz stehen.

Nun werden aber an **Bodendenkmalen** regelhaft überhaupt keine Instandhaltungs- und Reparaturmaßnahmen durchgeführt, der übliche notwendige Umfang davon ist also *dolce far niente*; selbst bei gem. §§ 2a oder 3 DMSG geschützten, unbeweglichen archäologischen **Denkmalen**, die im Eigentum des Bundes stehen. Damit sind jedoch alle vom BDA mit dem Grabungsbewilligungsbescheid

verbundenen Auflagen bezüglich Konservierung, Restaurierung, Archivierung und Sicherung von **Bodendenkmalen** unzulässig, denn das BDA müsste diese Maßnahmen auf Basis eines Antrags gem. § 5 Abs. 1 DMSG prüfen, der nicht gestellt und auch nicht entschieden werden kann, ehe nicht die Sache bekannt ist, auf die er sich bezieht. Solange dem Nachforschenden nicht eine separate Bewilligung gem. § 5 Abs. 1 DMSG der konkreten Konservierungsmaßnahmen (etc.), die er setzen soll, vorliegt, darf er diese nicht durchführen, egal was der Bewilligungsbescheid gem. § 11 Abs. 1 DMSG dazu sagt.

Dass größte Problem mit Auflagen 29-31 und 37 ist jedoch, dass es sich bei all den vom BDA in ihnen geforderten Maßnahmen zur Konservierung, Restaurierung, Archivierung und Sicherung von **Bodendenkmalen** allesamt um ‚aktive‘ Erhaltungsmaßnahmen handelt; während das DMSG selbst für Eigentümer tatsächlich gem. §§ 2, 2a oder 3 DMSG zeitlich unbefristet geschützter **Denkmale** nur eine Verpflichtung zur ‚passiven‘ Erhaltung kennt. Was ‚passive‘ Erhaltungsmaßnahmen sind, wurde schon vom Gesetzgeber selbst in § 4 Abs. 2 DMSG als jene Maßnahmen definiert, *‚die dem Eigentümer (Verantwortlichen) insgesamt zumutbar sind, weil die Beseitigung keine oder nur geringe Geldmittel erfordert (wie zB die Ergänzung einzelner zerbrochener Dachziegel, Verschließung offenstehender Fenster und dergleichen)‘*.

Dies wird durch die ständige Rechtsprechung der Höchstgerichte so ausgelegt, dass diese Erhaltungspflicht – gerade, weil sie rein passiv ist und nicht *‚über den an sich schon gegebenen Erhaltungsaufwand‘* hinausgeht – auch aus verfassungsrechtlicher Sicht unbedenklich sei (VfGH 1.10.1986, B 164/85). Die denkmalspezifische Erhaltungspflicht geht dabei jedenfalls nicht so weit, dass sie auch *‚die Verpflichtung aktiv Verbesserungen (Restaurierungen) am Denkmal vorzunehmen oder dieses im Zustand zu erhalten, in dem es sich im Zeitpunkt der Unterschutzstellung befand‘* (Bazil et al. 2015, 43; siehe dazu auch RV 1999, 48-49) umfassen würde. Laut VwGH ([11.3.2011, 2010/09/0241](#)) ist Betroffenen jedenfalls die Durchführung solcher Maßnahmen zumutbar, die jeder durchschnittlich sorgfältige Eigentümer aus eigenem Antrieb laufend durchführen würde; wobei allerdings selbst dabei die wirtschaftliche Zumutbarkeit zu berücksichtigen ist ([VwGH 19.5.1993, 89/09/0005](#); vgl. RV 1999, 48-49). Dabei ist die wirtschaftliche Zumutbarkeit *‚unter Berücksichtigung des Ertrags- oder Verwertungspotentials des Denkmals zu bestimmen‘* (Bazil et al. 2015, 44). Der Regierungsvorlage zum DMSG 1999 ist dazu explizit zu entnehmen, *‚dass eine Erhaltungspflicht dem Eigentümer nur soweit angelastet werden kann, als sie in der Wirtschaftlichkeit gedeckt ist, was gerade bei der großen Anzahl einer wirtschaftlichen Nutzung tatsächlich nicht zugänglicher Denkmale in ganz besonders hohem Ausmaß nicht der Fall sein kann‘* (RV 1999, 49; Hervorhebung in Fettdruck: Original).

Dass der durchschnittlich sorgfältige Eigentümer bewegliche und unbewegliche Gegenstände, die – wie es bei archäologischen Funden und Befunden regelhaft der Fall ist – bereits so sehr beschädigt sind, dass sie nicht mehr gebraucht werden können, möglichst langfristig konservieren, restaurieren, archivieren oder auch nur sichern würde, kann jedoch getrost als den Erfahrungen des alltäglichen Lebens widersprechend ausgeschlossen werden: alter, kaputter Mist – und das sind, als Sachen betrachtet, die meisten archäologischen Funde und Befunde nun leider einmal – wird vom durchschnittlich sorgfältigen Eigentümer nicht gepflegt und gehegt, sondern weggeworfen. Dies ist umso mehr der Fall, als archäologischen Funden und Befunden in aller Regel kein oder bestenfalls ein sehr geringer wirtschaftlicher Nutzwert zukommt, sowohl beweglichen Kleinfunden<sup>8</sup> als auch

---

<sup>8</sup> Ausnahmen hierzu sind nur Schatzfunde im engeren Sinn, d.h. Gegenstände, die ISd § 398 ABGB *‚Geld, Schmuck oder ander[e] Kostbarkeiten‘* sind, denen aufgrund des Materials, aus dem sie bestehen (z.B. Gold, Silber, Edelsteine) oder als verhandelbare Kunstgegenstände auch heute noch wirtschaftlicher Wert zukommt, selbst wenn sie so beschädigt sind, dass sie keinen Gebrauchswert mehr haben.



besonders unter der Erdoberfläche verborgenen, unbeweglichen Befunden, die regelhaft wirtschaftlich völlig wertlos sind.

Dass also der (ob nun ‚vorsätzliche‘ oder ‚zufällige‘) Entdecker eines zuvor noch unbekannten **Bodendenkmals** aufgrund dessen zeitweiliger Unterschutzstellung kraft gesetzlicher Vermutung gem. § 9 Abs. 3 DMSG per Auflagen zu einem Bescheid gem. § 11 Abs. 1 DMSG dazu verpflichtet werden könnte, zahllose und kostspielige Auflagen zu befolgen, die nicht einmal dem Eigentümer eines wirtschaftlich gewinnbringend nutzbaren, geschützten **Denkmals** zugemutet werden dürfen, ist völlig ausgeschlossen. Dies gilt natürlich umso mehr, wenn – wie im konkreten Fall – noch nicht einmal konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die eine Vermutung sachlich begründen könnten, dass irgendwelche Gegenstände bei den geplanten Grabungen und sonstigen Nachforschungen entdeckt werden dürften, an deren Erhaltung ein öffentliches Interesse iSd § 1 Abs. 2 DMSG besteht oder auch nur offenkundig bestehen könnte. Das muss schon allein deshalb der Fall sein, weil in Unkenntnis der (zukünftig eventuell entdeckt werden könnenden) **Bodendenkmale** deren wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit vom BDA gar nicht beurteilt werden kann und es daher auch nicht abwägen kann, ob die von ihm angeordneten Konservierungs- und sonstigen Maßnahmen dem Genehmigungsinhaber zumutbar sind.

Auch die Auflagen 29-31 und 37 des konkreten Bescheides können also nicht sachdienlich sein: die Sache, der sie dienlich sein sollen, ist schließlich noch nicht einmal bekannt; das BDA müsste sie aber kennen, um die erforderliche sachliche Beurteilung vorzunehmen, was bezüglich dieser konkreten Sache geeignet und erforderlich ist, um diese konkrete Sache unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit körperlich möglichst unverändert passiv zu erhalten. Das BDA erkennt also auch in Hinblick auf die Auflagen, die es im konkreten Fall mit seinem bewilligenden Bescheid (und auch in anderen Fällen mit vergleichbaren Bescheiden in vergleichbaren Bewilligungsverfahren) zu verbinden versucht, die geltende Rechtslage nicht nur ‚*in besonderem Maß*‘ (VfSlg 11.840/1989; Berka 1999, 547), sondern neuerlich in einer Weise, die vermuten lässt, dass mehr hinter dieser vollkommen willkürlichen behördlichen Anwendung dieser Vorschrift steht als bloße Inkompetenz.

## Subjektive Willkür?

Die zuständigen Fachkräfte im BDA – ob nun in dessen Rechts- oder seiner archäologischen Abteilung – können unmöglich ernsthaft geglaubt haben, dass es rechtlich zulässig und bei der gebotenen sachlichen Betrachtung dafür geeignet sein kann, dem gesetzlichen Schutzziel der körperlich unveränderten Erhaltung von **Denkmalen** dadurch näherzukommen, dass deren bewilligte Zerstörung bzw. Veränderung nur mit bestimmten und nicht anderen ebenso anerkannten wissenschaftlichen Forschungsmethoden vorgenommen und diese Zerstörung in ganz bestimmter Weise dokumentiert sowie in ganz bestimmter Weise gegliederte Daten und formatierte Berichte abgegeben und Publikationsentwürfe dem BDA zur Veröffentlichung zur Verfügung gestellt werden. Schließlich wissen gerade Fachkräfte im BDA, dass keine noch so genaue Dokumentation einer bewilligten Zerstörung bzw. Veränderung ebendiese Zerstörung bzw. Veränderung verhindern kann: genau das ist nämlich der Grund, warum sie seit langem behaupten, dass Grabungen nach derartigen Gegenständen zu wissenschaftlichen Erkenntniszwecken angeblich generell der behördlichen Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterworfen sind.

Ebenso wenig können diese Fachkräfte ernsthaft geglaubt haben, dass hinsichtlich aller archäologischen Funde und Befunde oder auch nur aller **Bodendenkmale** iSd § 8 Abs. 1 DMSG, deren – ob nun zufälligen oder vorsätzlichen – Finder, der gerade bei unbeweglichen Bodendenkmalen nicht einmal teilweise zu deren Eigentümer wird, eine aktive Erhaltungs-, Restaurierungs-, Archivierungs-,

Sicherungs- und Wiederherstellungspflicht trifft. Schließlich treffen selbst hinsichtlich tatsächlich gem. §§ 2, 2a oder 3 DMSG geschützter **Denkmale** nicht einmal deren vollständigen Eigentümer derartige aktive Erhaltungspflichten, sondern nur eine rein passive Erhaltungspflicht; und selbst diese geht keinesfalls weiter, als die Kosten dafür durch den wirtschaftlichen Nutzen, den er aus seinem **Denkmal** ziehen kann, wenigstens aufgewogen werden. Gerade Fachkräfte im BDA müssen jedoch wissen, dass der wirtschaftliche Wert nahezu aller archäologischen Funde und Befunde, ob sie jetzt **Bodendenkmale** iSd § 8 Abs. 1 oder gar **Denkmale** iSd § 1 Abs. 1 DMSG sind, praktisch gleich Null ist.

Ganz generell müssen die zuständigen Fachkräfte im BDA sogar gewusst haben, dass die Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG Grabungen und sonstige Nachforschungen an Orten, von denen noch nicht einmal konkrete Anhaltspunkte auf das Vorkommen irgendwelcher Bodenfunde bekannt sind, grundsätzlich nicht anwendbar ist: schließlich hat erst im Februar 2017 der VwGH unmissverständlich – sogar in Form eines Rechtssatzes – festgehalten, dass *„Unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des DMSG 1923 ist, dass ein Denkmal vorliegt (§ 1 Abs. 1 DMSG 1923) bzw. im Falle des § 11 Abs. 1 DMSG 1923, dass zumindest Bodenfunde vermutet werden“* (VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008, RN 18; Hervorhebung: RK). Darauf hat sich sogar bereits das Erkenntnis des [BVwG vom 11.9.2017, W 183 2168814-1/2E](#) in seiner Begründung gestützt, weshalb auf die von mir 2017 auf dem konkret betroffenen Grundstück geplanten archäologischen Nachforschungen die NFG-Pflicht des § 11 Abs. 1 DMSG nicht angewendet werden konnte und daher mein Antrag auf Erteilung einer solchen Genehmigung zurückzuweisen war. Es folgt daher aus beiden Erkenntnissen zwingend, dass auch die von mir 2018 beantragten Grabungen und sonstigen Nachforschungen auf ebendiesem Grundstück ebenfalls nicht der NFG-Pflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegen können: es werden dort schließlich noch immer keine Bodenfunde vermutet und es fehlt somit die laut VwGH für die Anwendung des § 11 Abs. 1 DMSG **unabdingbare** Voraussetzung.

Ein bloßes, irrtümliches Verkennen der Rechtslage durch das BDA – selbst *„in besonderem Maß“* (VfSlg 11.840/1989; Berka 1999, 547) – erscheint daher ausgeschlossen: so sehr irren kann man sich nicht mehr bloß unabsichtlich; schon gar nicht, wenn man als in der zuständigen Verwaltungsbehörde tätige Fachkraft nicht nur über besonderen archäologischen Sachverstand, sondern berufsbedingt auch über besonderen Sachverstand im Hinblick auf das Gesetz verfügen muss, für dessen Vollzug man verantwortlich ist. Dies gilt umso mehr, wenn die relevante Rechtsfrage bereits ausjudiziert ist und daher der behördlichen Auslegung bereits durch die höchstgerichtliche Judikatur klare Grenzen gesetzt werden; und diese Judikatur bereits in einem erst jüngst entschiedenen Fall bezüglich des konkret betroffenen Grundstückes entscheidungswesentlich war, in dem es – wenigstens im Prinzip – um die gleiche Frage gegangen ist, den die Behörde verloren hat.

Selbst wenn man davon ausgehen will, dass sich das BDA bis September 2017 tatsächlich zwar massiv, aber doch ehrlich unabsichtlich bei seiner Auslegung der Anwendungsgrenzen des § 11 Abs. 1 DMSG geirrt und daher *„nur“* objektiv willkürlich gehandelt hat, ist es spätestens seither damit vorbei: mit Vorliegen des Erkenntnis des [BVwG vom 11.9.2017, W 183 2168814-1/2E](#) hätte sich das BDA ernsthaft damit auseinandersetzen müssen, dass die von ihm gewählte Auslegung der Bestimmungen dieses Paragraphen rechtlich nicht vertretbar ist und auch in seiner Anwendungspraxis dieser Vorschrift die entsprechenden Konsequenzen ziehen müssen. Es ist also zu vermuten, dass das BDA seit spätestens dann nicht mehr *„nur“* objektiv, sondern auch tatsächlich subjektiv willkürlich handelt; d.h. Betroffenen absichtlich Unrecht zufügt (Berka 1999, 546).

Tatsächlich finden sich starke Hinweise darauf nicht nur im wiederholten, gravierenden Verkennen der geltenden Rechtslage durch das BDA, das stets in eine ganz bestimmte Richtung ausgefallen ist;

sondern insbesondere in den jüngsten *Richtlinien* des BDA (2018), die ja nicht zuletzt aufgrund des Erkenntnis des [BVwG vom 11.9.2017, W 183 2168814-1/2E](#) notwendig wurden.

Da ist zum einen die Tatsache, dass der – rechtlich unhaltbare – erste Satz in Kapitel 1 der vorherigen Fassung der Richtlinien einfach verschoben wurde, aber sinngemäß dennoch vollinhaltlich beibehalten wurde. Las man in der Druckfassung der 4. Fassung der Richtlinien noch im ersten Kapitel *„Voraussetzung für die Aufnahme jeglicher Grabungstätigkeiten und sonstiger Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Bodendenkmale ist das Vorliegen eines bewilligenden Bescheides des Bundesdenkmalamtes gemäß § 11 Abs. 1 DMSG“* (BDA 2016, 6; Hervorhebung: RK), wurde dies in der aktuell geltenden Fassung durch den vollkommen undurchsichtigen Satz *„Voraussetzung für die Aufnahme bewilligungspflichtiger archäologischer Tätigkeiten ist das Vorliegen eines bewilligenden Bescheides des Bundesdenkmalamtes gemäß § 11 Abs. 1 DMSG“* (BDA 2018, 6) ersetzt, der dem Erkenntnis des [BVwG vom 11.9.2017, W 183 2168814-1/2E](#) zu genügen scheint. Tatsächlich findet man aber nun als ersten Satz unter der Überschrift *„2.1.2. Bewilligungspflichtige Prospektionsmaßnahmen“* den Satz *„Bewilligungspflichtig nach § 11 DMSG sind invasive, d. h. mit Bodeneingriffen einhergehende Prospektionen sowie systematische Prospektionen als intendierte Nachforschungen an Ort und Stelle zum Zwecke der Entdeckung und Untersuchung beweglicher und unbeweglicher Bodendenkmale unter der Erd- bzw. Wasseroberfläche“* (BDA 2018, 10; Hervorhebung: RK).

Aber nicht nur das: der Text zu archäologischen Surveys – d.h. in der Regel nichts anderes als die systematische Begehung zur Aufsammlung von Oberflächenfunden – findet sich in im Vergleich zur Fassung von 2016 weitestgehend unveränderten Wortlaut weiterhin unter den bewilligungspflichtigen Prospektionsmaßnahmen angeführt (cf. BDA 2016, 11-12; BDA 2018, 10-11). Genau dagegen steht aber nicht nur das Erkenntnis des [BVwG vom 11.9.2017, W 183 2168814-1/2E](#), sondern auch die ihm zugrundeliegende, in seiner Begründung zitierte höchstgerichtliche Judikatur und sogar ganz direkt der Gesetzeswortlaut selbst. Dass aus halbherzigen Einfügungen wie *„Fundgegenstände, die bei Surveys z. B. durch Eingriffe in die Erdoberfläche geborgen oder durch den Einsatz einer Metallsonde kleinstflächig ergraben werden, sind lagemäßig zu erfassen“* (BDA 2018, 10) die Adressaten der Richtlinien richtig erschließen könnten, dass – wenn überhaupt – ausschließlich solche archäologischen Surveys der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegen können, die mit invasiven Methoden auf Bodenflächen durchgeführt werden, auf denen das Vorkommen von Bodendenkmalen wenigstens wahrscheinlich ist, und Oberflächenfundaufsammlung ausschließlich auf geschützten archäologischen Denkmalen, ist auszuschließen. Vielmehr versucht das BDA mit allen Mitteln den Eindruck zu wahren, als ob – trotz eindeutig gegenteiliger Rechtslage – auch alle archäologischen Surveys weiterhin vollständig der Bewilligungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG unterliegen würden; weil es will, dass dem so ist, egal was Gesetz oder Rechtsprechung dazu sagen.

Noch weitaus deutlicher zeigt sich, was das BDA wirklich will, aber an den – sinngemäß schon in der 4. Fassung (BDA 2016, 3; Nr. 8) zu findenden – ersten beiden, durchgehend in Fettdruck gesetzten Absätzen der *„Vorbemerkungen“* zu den Richtlinien (BDA 2018, 2). In diesen führt das BDA nämlich seine Vorstellungen dazu aus, warum archäologische Maßnahmen entsprechend bestimmter Standards durchzuführen sind und was das Ziel des archäologischen Denkmalschutzes ist:

*„Archäologische Maßnahmen stellen häufig irreversible Eingriffe in das überlieferte archäologische Erbe dar. Nach einer archäologischen Grabung beispielsweise verbleiben eher selten unbewegliche Bestandteile des ursprünglichen, authentischen Bodendenkmals an Ort und Stelle; durch die archäologische Grabung kommen aber zumeist bewegliche Bodendenkmale (=*

*archäologische Fundgegenstände und/oder Proben) zutage und es entstehen in aller Regel Dokumentationsunterlagen.*

*Die genannten unbeweglichen und beweglichen Bestandteile sowie die Dokumentationsunterlagen treten in ihrer Gesamtheit an die Stelle des durch die archäologische Maßnahme veränderten oder zerstörten Bodendenkmals (= der archäologischen Fundstelle), führen dessen – eine geschichtliche Dokumentation ermöglichende – Quellenfunktion weiter und sind somit als weiterhin zusammengehörige Elemente des archäologischen Erbes zu betrachten und zu bewahren.’ (BDA 2018, 2).*

Daraus geht in aller wünschenswerten Deutlichkeit hervor, was das BDA im Bereich der archäologischen Denkmalpflege gerne hätte: einen **totalen archäologischen Denkmalschutz**. Es will alle archäologischen Funde und Befunde als **Bodendenkmale** iSd § 8 Abs. 1 DMSG betrachten, völlig unabhängig davon, ob ihre Erhaltung iSd § 1 Abs. 2 DMSG – geschweige denn offenkundig – im öffentlichen Interesse gelegen ist oder nicht. Nicht nur das, es will auch die bei deren Zerstörung an Ort und Stelle angefertigten Dokumentationsunterlagen als Teile der dauerhaft fortgesetzt zu ‚bewahrenden‘ **Bodendenkmale** (oder wenigstens des ‚archäologischen Erbes‘) betrachten. Es hätte gerne, dass die Überreste und Dokumentation des tatsächlich zerstörten **Bodendenkmals** irgendwie als Ersatz für das ‚authentische Bodendenkmal‘ an dessen Stelle treten; also das zerstörte **Bodendenkmal** dadurch, dass es sachgerecht erforscht wurde, doch irgendwie weder maßgeblich verändert oder zerstört wurde und daher ein **Bodendenkmal** bleibt, auch wenn es aufgrund völligen Fehlens seiner Substanz iSd § 1 Abs. 10 DMSG ein solches gar nicht mehr sein kann.

Oder anders gesagt: das BDA hätte gerne, dass im DMSG das Prinzip der Erhaltung von (archäologischen) **Denkmalen** durch Dokumentation wäre, bei dem – und sei es nur als der unveränderten Erhaltung der **Denkmale** in situ nachrangige Erhaltungsmaßnahme – tatsächlich die im Feld geborgenen Funde und angefertigten Dokumentationsunterlagen ‚in ihrer Gesamtheit an die Stelle des durch die archäologische Maßnahme veränderten oder zerstörten‘ archäologischen Funde und Befunde treten (BDA 2018, 2). Dass das BDA und vor allem die in ihm tätigen archäologischen Fachkräfte das gerne hätten, ist auch überhaupt nicht überraschend: es ist tatsächlich das, was die überwiegende Mehrheit der archäologischen Fachwelt weltweit (inklusive mir) wenigstens gerne hätte bzw. aus archäologisch-wissenschaftlicher Sicht sogar für unabdingbar erforderlich hält, um die Quellen der archäologischen Wissenschaft möglichst langfristig für die Forschung zugänglich zu halten.

Das einzige Problem damit ist: wie in diesem Beitrag gezeigt wurde, geben die Bestimmungen des DMSG einen derartigen Zugang zur archäologischen Denkmalpflege – leider – nicht her. Das DMSG bezweckt ganz generell und auch in seinen spezifischen archäologischen Bestimmungen nur die körperlich unveränderte, passive Erhaltung der Substanz, Erscheinung und Wirkung der Denkmale, deren Erhaltung deshalb im öffentlichen Interesse gelegen ist, weil ihr ‚Verlust eine Beeinträchtigung des österreichischen Kulturgutbestandes in seiner Gesamtsicht hinsichtlich Qualität sowie ausreichender Vielzahl, Vielfalt und Verteilung bedeuten würde‘, wobei auch wesentlich ist, ‚ob und in welchem Umfang durch die Erhaltung des Denkmals eine geschichtliche Dokumentation erreicht werden kann‘ (§ 1 Abs. 2 DMSG). Es ermöglicht daher nur, und zwar ausschließlich nur, die Erhaltung archäologischer **Denkmale** in situ; und zwar nur ‚in jenem Zustand, in dem [sie] sich im Zeitpunkt des Rechtswirksamwerdens der Unterschutzstellung‘ (§ 1 Abs. 6 DMSG) befinden. Mehr geht einfach mit dem derzeitigen Gesetz nicht; egal was das BDA gerne hätte; und ebenso egal, was aus archäologisch-wissenschaftlicher Sicht sinnvoll oder gar erforderlich wäre.

Damit ist das BDA aber nicht zufrieden: es will den totalen archäologischen Denkmalschutz durchsetzen, den es gerne hätte, inklusive all der aktiven Erhaltungspflichten, die das DMSG weder vorsieht noch die laut der ständigen höchstgerichtlichen Judikatur verfassungsrechtlich zulässig wäre. Daher versucht das BDA, das, was ihm gesetzlich nicht möglich ist, auf anderem Weg zu erreichen, eben mit absolut abstrusen Auslegungen des Gesetzes und vollkommen unsachlichen Bescheidaufgaben. Es scheint dem BDA dafür jedes Mittel recht zu sein; auch das, wissent- und willentlich rechtswidrige Bescheide zu erlassen und damit absichtlich jenen Unrecht zuzufügen, die aufgrund der scheinbar bewusst irreführend formulierten behördlichen Richtlinien fälschlich glauben, einer behördlichen Bewilligung für die Durchführung archäologischer Feldforschungsmaßnahmen zu bedürfen, für die gar keine gesetzliche Genehmigungspflicht besteht.

Es scheint daher, als ob die Behörde im Bereich der Erteilung von Grabungsgenehmigungen gem. § 11 Abs. 1 DMSG nicht nur objektive, sondern tatsächlich subjektive Willkür übt. Statt der ihr eigentlich zugewiesenen Aufgabe nachzukommen, unparteiisch zwischen den öffentlichen und privaten archäologischen Forschungsinteressen und dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung besonders bedeutender **Denkmale** abzuwägen, handelt sie aus persönlichen – wenn auch sicherlich subjektiv als hehr empfundenen, scheinbar aus wissenschaftlichen Gründen erforderlichen – Motiven parteiisch (Berka 1999, 346). Bei allem Verständnis dafür, dass die archäologischen Quellen bestmöglich erhalten werden sollen – ein Ziel, das auch ich anstrebe –, die bestmögliche Erhaltung der archäologischen Quellen kann in einem Rechtsstaat wie Österreich stets nur die sein, die im Rahmen der Gesetze möglich ist, nicht die, die durch die Behörde erreicht werden kann, wenn sie sich selbst die Gesetze erfindet, die sie lieber hätte als die, die sie tatsächlich zu vollziehen hätte.

## Schlussfolgerungen

Wie in diesem Beitrag gezeigt wurde, verletzt das BDA durch die Erteilung von Grabungsgenehmigungsbescheiden gem. § 11 Abs. 1 DMSG für Handlungen, für die gar keine gesetzliche Genehmigungspflicht besteht, und durch die Verbindung dieser Bescheide mit Auflagen, die jedweder sachlichen Grundlage entbehren, massiv das aus dem allgemeinen Gleichheitssatz der Verfassung ([Art. 7 B-VG](#) und [Art. 2 StGG](#); siehe auch [Art. 1 AEMR](#)) abgeleitete Sachlichkeitsgebot, das auch die staatliche Verwaltung bindet.

Es scheint dies in erster Linie deshalb zu tun, weil es mit den gesetzlichen Mitteln, die ihm das DMSG zur Verfügung stellt, nicht jenen archäologischen Denkmalschutz erreichen kann, den es gerne hätte. Dabei ist insbesondere das vom DMSG – das in seinem Kern schließlich aus 1923 stammt und seither nicht hinreichend verändert wurde, um es modernen wissenschaftlichen Erfordernissen und Notwendigkeiten entsprechend anzupassen – nicht vorgesehene Prinzip der Erhaltung von (allen) archäologischen Funden und Befunden durch die sachgerechte Dokumentation ihrer Zerstörung bzw. Veränderung und Langzeitarchivierung der dabei entdeckten Funde und angefertigten Dokumentationsunterlagen, dass das BDA – internationalen Vorbildern folgend – willkürlich in seiner Anwendungspraxis der gesetzlichen Bestimmungen umzusetzen versucht.

Dies tut es in erster Linie dadurch, dass es archäologische Nachforschungen an Ort und Stelle der Genehmigungspflicht des § 11 Abs. 1 DMSG zu unterwerfen versucht, weil dies aufgrund der nicht gänzlich eindeutigen Formulierung dieser Vorschrift – die scheinbar ausschließlich auf das subjektive Motiv des Nachforschenden abstellt – auch dann möglich zu sein scheint, wenn noch keinerlei Hinweise auf das Vorkommen irgendwelcher archäologischen Funde und Befunde am betroffenen Grundstück vorliegen. Diese Genehmigungspflicht gestattet dem BDA dann aufgrund des Wortlautes des Gesetzes, bewilligende Bescheide mit Einschränkungen, Auflagen und Sonderregelungen zu



verbinden. Die gesetzliche Ermächtigung, bewilligende Bescheide gem. § 11 Abs. 1 DMSG mit sachdienlichen Auflagen zu verbinden, benutzt es in weiterer Folge als Freibrief dafür, GenehmigungsinhaberInnen die Durchführung solcher aktiver Erhaltungsmaßnahmen bezüglich aller noch unbekannter archäologischer Funde und Befunde verpflichtend vorzuschreiben, an deren Erhaltung in der überwältigenden Mehrheit aller Fälle sicher kein öffentliches Interesse besteht; und die es nicht einmal den rechtmäßigen Eigentümern gem. §§ 2, 2a oder 3 DMSG entsprechend dem konstitutiven Prinzip geschützter (und daher notwendigerweise sehr gut bekannter) **Denkmale** auflasten kann, an deren Erhaltung bereits ein tatsächlich behördlich festgestelltes, rechtswirksam gewordenes öffentliches Interesse besteht. Dass diese Auflagen – bezogen auf den konkreten Einzelfall – sachdienlich zu sein haben und daher überhaupt nur in derartige Bescheide aufgenommen werden können, wenn die Sachen bekannt sind, deren Schutz vor Veränderung oder Zerstörung sie dienen sollen, ignoriert es dabei ebenso geflissentlich wie die Tatsache, dass die Mehrheit aller Handlungen, die es qua bewilligendem Bescheid diesen Auflagen unterwirft, laut höchstgerichtlicher Judikatur ([VwGH 23.2.2017, Ro 2016/09/0008](#), RN 18) gar nicht bewilligungspflichtig sind.

Damit ist es bisher auch durchgekommen, weil die ArchäologInnen, die aufgrund jahrzehntelanger Fehlinformationspolitik durch das BDA glauben, Bewilligungen gem. § 11 Abs. 1 DMSG für alle ihre ‚*Nachforschungen an Ort und Stelle*‘ zu brauchen, nicht das Risiko auf sich nehmen können, einen möglicherweise jahrelangen Rechtsstreit mit dem BDA vom Zaun zu brechen, der ihnen ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage nimmt; einmal abgesehen davon, dass die meisten ArchäologInnen ohnehin selbst der Ansicht sind, dass das, was das BDA durchzusetzen versucht, aus fachlicher Sicht richtig und sogar erforderlich ist und sie noch dazu normalerweise die durch die Beachtung der Auflagen verursachten Kosten auf ihren Auftraggeber abwälzen können. Und nachdem diese Auftraggeber ihrerseits in den relevanten Verfahren selbst keine Parteienstellung haben, können auch diese nichts dagegen machen; einmal abgesehen davon, dass den meisten davon lieber ist, wenn die Archäologie zeitgerecht aus ihrem Weg geräumt wird als dass die Baustelle auf Jahre wegen eines Rechtsstreits steht. Eine interne Kontrolle – ob nun im BDA selbst oder durch dessen vorgesetzte Dienststelle, das zuständige Ministerium – erfolgt schließlich scheinbar auch nicht, was dazu führt, dass auch eklatante Rechtswidrigkeiten wie die hier geschilderten ohne Folgen bleiben. Dadurch wird Amtswillkür zum denkmalpflegerischen Verwaltungsprinzip.

Die äußerst unangenehme und auch völlig unnötige Folge davon ist, dass die archäologische Feldforschung in kontraproduktiver Weise beschränkt wird, wo das gar nicht notwendig ist; und insbesondere noch unbekannte archäologische Funde und Befunde im Boden – wo auch immer in diesem sie sich befinden – letztendlich hauptsächlich vor ihrer Entdeckung und Erforschung, statt vor ihrer willkürlichen Zerstörung oder Veränderung durch die Eigentümer des Grundes, auf dem sie sich befinden, geschützt werden. Das ist letztendlich das Resultat davon, dass die staatliche Verwaltung das Sachlichkeitsgebot missachtet und stattdessen die von ihr als ungeeignet empfundenen gesetzlichen Bestimmungen in der administrativen Praxis so durch kreative Auslegungen, selektive Lesungen und Missachtung der einschlägigen Judikatur (oder noch schlimmer: der Verkehrung der Stoßrichtung von höchstgerichtlichen Erkenntnissen in ihr Gegenteil) hinzubiegen versucht, dass ein archäologischer Denkmalschutz möglich zu werden scheint, den die zuständige Behörde gerne hätte. Und nachdem man den Schaden, den man damit anrichtet, nicht sieht – die betroffene Archäologie ist schließlich noch gänzlich unbekannt und wird gänzlich unbemerkt zerstört, und das Rechtsstaatlichkeitsprinzip ist ohnehin ein Abstraktum, das man gar nicht sehen kann – kann man so tun, als ob alles in Ordnung wäre und man ohnehin schon den bestmöglichen archäologischen Denkmalschutz hätte, den es gibt...

## Literaturverweise

- Bazil, C., Binder-Kriegelstein, R., Kraft, N. 2015. *Das österreichische Denkmalschutzrecht. Kurzkomentar*. 2. Aufl., Wien: Manz.
- BDA 2016. [Richtlinien für archäologische Maßnahmen](#). 4. Fassung – 1. Jänner 2016. Wien: Bundesdenkmalamt [19.9.2017].
- BDA 2018. [Richtlinien für archäologische Maßnahmen](#). 5. Fassung – 1. Jänner 2018. Wien: Bundesdenkmalamt [22.5.2018].
- Berka, W. 1999. *Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich*. Wien – New York: Springer.
- DGUF 2013. [Wann ist ein Denkmal ein Denkmal? Informationen zum deklaratorischen und zum konstitutiven Prinzip](#). Kerpen-Loogh: Deutsche Gesellschaft für Ur- und Frühgeschichte [13.5.2018].
- Gersbach, E. 1998. *Ausgrabung heute. Methoden und Techniken der Feldgrabung*. 3. Aufl., Stuttgart: Theiss.
- Helfgott, N. 1979. *Die Rechtsvorschriften für den Denkmalschutz*. Wien: Manz.
- Karl, S., Koch, I., Pieler, E. 2017. [Revidierung der gesetzlichen Vorschriften zu archäologischen Funden und Schätzen in der österreichischen Monarchie zwischen 1834 und 1846. Mit einem Ausblick auf die heutige Situation](#). *Österreichische Zeitschrift für Kunst- und Denkmalpflege* LXXI/1, 86-119 [22.5.2018].
- LfDH 2017. [Richtlinien Archäologie](#), Stand 1.8.2017. Wiesbaden: Landesamt für Denkmalpflege Hessen [24.5.2018].
- Picker, A., Hebert, B., Ployer, R., Pollak, M. 2016. [Braucht Österreich ein Unterschutzstellungsprogramm für seine archäologischen Denkmale?](#) In G. Grabherr, B. Kainrath (Hg.), *Akten des 15. Österreichischen Archäologentages in Innsbruck, 27. Februar–1. März 2014*, 285-8. Innsbruck: University Press [22.5.2018].
- RV 1990. [Regierungsvorlage. Bundesgesetz vom XX.XXXXX, mit welchem das Bundesgesetz betreffend Beschränkungen in der Verfügung über Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung \(Denkmalschutzgesetz\) geändert wird](#). 1275 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP [22.2.2018].
- RV 1999. [Regierungsvorlage. Bundesgesetz, mit welchem das Bundesgesetz betreffend Beschränkungen in der Verfügung über Gegenstände von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung \(Denkmalschutzgesetz – DMSG\) geändert wird](#). 1769 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP [24.5.2018].
- Wheeler, R.E.M. 1954. *Archaeology from the Earth*. Oxford: Clarendon Press.